

A responsabilidade civil no âmbito conjugal

O caso particular da violação do dever de fidelidade

Dissertação de Mestrado em
Ciências Jurídico-Privatísticas pela
Faculdade de Direito da Universidade do
Porto, sob a orientação da Professora
Doutora Rute Teixeira Pedro.

Bárbara Sofia Assunção Viana

Porto, Setembro de 2017

À minha Família

Aos meus Amigos

À minha Orientadora

And now, Harry, let us step into the night and pursue that flighty temptress, adventure.

J.K. Rowling, *Harry Potter and the Half-Blood Prince*

ÍNDICE

RESUMO	4
ABSTRACT	4
SIGLAS E ABREVIATURAS	5
CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	6
CAPÍTULO I	8
1. O DIVÓRCIO E O INCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS	8
1.1. Noção	8
1.2. Evolução histórica	8
1.3. Modalidades	10
2. Dos efeitos do divórcio e da (ir)relevância, a esse nível, do incumprimento dos deveres conjugais	12
CAPÍTULO II	17
1. A Responsabilidade Civil	17
1.1. Responsabilidade Civil Aquiliana – delimitação e enunciação dos pressupostos	18
1.2. Responsabilidade Civil Obrigacional – delimitação e enunciação dos pressupostos	21
1.3. Enunciação das principais notas distintivas do regime jurídico da responsabilidade civil aquiliana e da responsabilidade civil obrigacional	22
1.4. Concurso de responsabilidades	23
2. Antecedentes Históricos do funcionamento do regime da responsabilidade civil na área conjugal – a imunidade interconjugal	25
3. A reparação dos danos no Direito Matrimonial Português	28
3.1. O regime anterior à “Reforma de 2008”	28
3.2. O regime introduzido pela “Reforma de 2008”	30
CAPÍTULO III	32

1.	Dos Direitos e Deveres Familiares	32
1.1.	Caraterísticas dos direitos familiares pessoais.....	32
1.2.	Dos Deveres Conjugais.....	35
1.3.	Dever de fidelidade	41
2.	A Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais	47
2.1.	Modalidade de Responsabilidade Civil	47
2.2.	A autonomia do pedido ressarcitório em relação ao pedido de divórcio....	55
	CAPÍTULO IV	58
1.	A relevância ressarcitória da violação do dever de fidelidade	58
2.	A responsabilidade por danos resultantes da violação do dever de fidelidade na jurisprudência portuguesa	64
3.	A questão da responsabilidade do terceiro cúmplice na violação do dever de fidelidade.....	71
4.	As repercussões da violação do dever de fidelidade: o caso específico do nascimento de um filho fora do casamento	74
4.1.	O caso alemão: Gesetz zu “Kuckuckskinder” – Gesetzentwurf der Bundesregierung.....	75
4.2.	Outros casos	78
4.3.	A questão no Direito Português	80
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	86
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	90
	JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA	99

RESUMO

A Responsabilidade Civil e o Direito da Família começaram, recentemente, a relacionar-se e a suscitar o interesse da doutrina e da jurisprudência nacional e internacional. A reparação dos danos provocados entre os cônjuges, quer na constância do casamento, quer pelo próprio processo de divórcio contribuíram, em larga medida, para este interesse, nomeadamente pelas importantes alterações introduzidas ao regime jurídico do divórcio, pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.

Considerando os recentes avanços na jurisprudência portuguesa e no ordenamento jurídico alemão, importa essencialmente, para o presente estudo, refletir criticamente sobre a reparação dos danos provocados pela violação dos deveres conjugais, particularmente, pela violação do dever de fidelidade. Atender-se-á às possíveis repercussões da violação deste dever – o caso específico do nascimento de um filho fora do casamento.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Direito da Família; Divórcio; Responsabilidade civil no âmbito conjugal; Deveres conjugais; Artigo 1792º do Código Civil; Dever de Fidelidade; Filiação.

ABSTRACT

Civil Liability and Family Law have recently begun to relate. The interest of national and international caselaw and doctrine over this issue has emerged. The reparation of the damages caused between the spouses, whether in the course of the marriage, or through the divorce process contributed, to a large extent, to this interest, namely due to the important changes introduced to the legal framework of divorce by Law No. 61/2008, 31st October.

Considering recent developments in Portuguese caselaw and in the German legal system, it is essential, for the present study, to critically analyze the compensation of the damages caused by the breach of marital obligations, in particular, by the fidelity's duty breach and the consequent possible repercussions of this violation – the specific case of the birth of a child outside the marriage.

Key words: Civil Liability; Family Law; Divorce; Civil Liability among spouses; Conjugal duties; Article 1792º from the Civil Code; Fidelity duty; Affiliation.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.º - Artigo

Ac. – Acórdão

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch

BMP – Boletim do Ministério Público

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

C.C. – Código Civil

Cfr. - Conferir

C.R.P. – Constituição da República Portuguesa

C.P.C. – Código de Processo Civil

E.G. – Exempli gratia

N.º - Número

P./PP. – Página/Páginas

RGPTC – Regime Geral do Processo Tutelar Cível

SS. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A Responsabilidade Civil no âmbito conjugal, tema escolhido para o presente estudo, é uma problemática que ganhou visibilidade recentemente considerando as transformações operadas no regime jurídico do casamento em larga medida como resultado das alterações introduzidas no regime jurídico do divórcio.

Esta escolha justifica-se também pela atualidade da temática decorrente da alteração introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, dado que, ressalvada a remissão para o regime geral da responsabilidade civil, no regime reformado não existe uma referência expressa aos contornos do regime aplicável à reparação dos danos provocados por um dos cônjuges ao outro. Assim, desde logo, não se responde a uma das questões, por nós aqui colocada que é a de saber se, nos casos de violação de deveres conjugais será aplicável a responsabilidade civil aquiliana ou a obrigacional. Escolhemos o tema também, pelas dificuldades inerentes à determinação da natureza dos deveres conjugais e da relação do incumprimento destes com o instituto da responsabilidade civil, especialmente quando se trate da violação do dever de fidelidade.

Ao longo deste trabalho, considerando doutrina e jurisprudência portuguesa e estrangeira, pretendemos responder a várias questões. Desde logo, propomo-nos averiguar qual a consistência jurídica da teoria da fragilidade da garantia face a estas recentes alterações. Se durante muito tempo a mesma serviu de fundamento para a recusa ao recurso à via indemnizatória, será que ainda hoje faz sentido? Tal como mencionado *supra* e face à eliminação da averiguação da culpa no processo de divórcio introduzida pela alteração legal de 2008 que remete a reparação dos danos entre os cônjuges para os termos gerais da responsabilidade civil, qual o regime aplicável na violação dos deveres conjugais? Quais as consequências da posição que por nós venha a ser adotada no regime jurídico aplicável, particularmente: no que concerne ao requisito da culpa e à presunção da mesma prevista no art.º 799.º do C.C.¹; ao âmbito dos danos ressarcíveis, à autonomia do pedido ressarcitório em relação ao pedido do divórcio, em virtude da expressa remissão da competência pelo art.º

¹ Os artigos referidos ao longo do presente estudo, sem indicação do diploma a que pertencem, integram o Código Civil Português (doravante denominado pela sigla C.C.), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966 na sua versão vigente após as sucessivas alterações que lhe foram introduzidas.

1792.º, n.º 1 para os tribunais comuns. A estas e a outras questões tentaremos responder ao longo do desenvolvimento do presente estudo.

Posto isto, cumpre dar nota do *iter* escolhido: iniciaremos o estudo fazendo uma breve alusão à reação jurídico-familiar ao incumprimento dos deveres conjugais tradicional: o divórcio, com uma pequena incursão histórica, lembrando a sua noção, as suas modalidades e quais os seus efeitos aquando o incumprimento dos deveres conjugais (Capítulo I).

Daí passaremos para a explanação da relação estabelecida entre a Responsabilidade Civil e o Casamento, iniciando a nossa reflexão pela caracterização dos regimes da responsabilidade civil (aquiliana e obrigacional, com referência às notas distintivas entre ambos os regimes) e terminando com a análise anterior e posterior à “Reforma de 2008” da reparação dos danos (Capítulo II).

Após este esclarecimento, passaremos para a concreta análise da responsabilidade civil e da violação dos deveres conjugais abordando fugazmente a natureza e o elenco dos direitos e dos deveres familiares, com um tratamento mais pormenorizado do dever de fidelidade (Capítulo III).

Por último, analisaremos a relevância ressarcitória da violação do dever conjugal de fidelidade e, em consequência, problematizaremos qual a responsabilidade do terceiro cúmplice neste incumprimento. Ainda a propósito desta análise, mencionaremos também quais as repercussões da violação deste dever, nomeadamente, considerando a hipótese do nascimento de um filho fora do casamento fruto desta violação através da exploração do Projeto de Lei alemão: *Gesetz zu “Kuckuckskinder”* e refletindo sobre o tratamento a dar a uma tal hipótese fáctica no nosso ordenamento jurídico (Capítulo IV).

CAPÍTULO I

AS REAÇÕES JURÍDICO-FAMILIARES AO INCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS

1. O DIVÓRCIO E O INCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS

Iniciámos este estudo versando o mecanismo tradicional de reação ao incumprimento dos deveres conjugais: o divórcio.

1.1. Noção

A relação matrimonial pode extinguir-se por dissolução ou como consequência da sua invalidade. Nesta última hipótese, a relação jurídica extingue-se por efeito de um “vício originário do ato através do qual se constituiu”², produzindo, por isso, efeitos retroativos; na dissolução, a relação extingue-se em consequência de um ato ou de um facto superveniente a que a lei associa um significado extintivo, pelo que os seus efeitos não são retroativos, operando apenas para o futuro. Para o presente trabalho importa a extinção por dissolução, mais especificamente, o divórcio³. O divórcio surge como uma solução para as situações de crise matrimonial, quando as mesmas, pela sua gravidade, devam possibilitar a desvinculação em relação ao compromisso conjugal, por vontade de um dos cônjuges ou por vontade concordante dos dois.

Para PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA o divórcio é “justamente, a dissolução do casamento decretada pelo tribunal ou pelo conservador do registo civil, a requerimento de um dos cônjuges ou dos dois, nos termos autorizados por lei”⁴.

1.2. Evolução histórica⁵

² Francisco Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito a Família*, Volume I, “Introdução Direito Matrimonial”, e-book, disponível em http://www.centrodedireitodafamilia.org/files/ficheiros_apensos/eBook_-_Curso_de_Direito.pdf, p. 675.

³ A relação matrimonial pode, também, dissolver-se por morte de um dos cônjuges ou dos dois simultaneamente ou, no caso do casamento concordatário, por dispensa de casamento rato e não consumado.

⁴ Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito a Família*, cit., p. 681.

⁵ Para a evolução histórica tomámos em consideração o exposto por vários autores, como Jorge Alberto Caras Altas Duarte PINHEIRO, *O Direito de Família Contemporâneo*, 5ª edição, Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2016, pp. 517 a 519, João Antunes VARELA, *Direito da Família*, Volume I, 5ª Edição Revista, atualizada e completada, Lisboa, Livraria Petrony, Lda, 1999, pp. 474 a 488, Eduardo dos SANTOS, *Direito da Família*,

Para melhor compreensão do objeto do presente trabalho, nomeadamente, o pedido reparatório em virtude da violação dos deveres conjugais, é necessária a análise do regime do divórcio em Portugal, uma vez que o próprio pedido reparatório poderá pressupor o decretamento do divórcio⁶ e, para além disso, o próprio divórcio configura-se como a solução dada pelo Direito da Família para as situações de mal-estar no seio familiar.

Em Portugal, o instituto do divórcio não foi admitido no nosso ordenamento jurídico, durante muito tempo, por invocação do princípio do superior interesse da família fundado na celebração do contrato de casamento. À luz deste princípio, a relação matrimonial aparecia, em primeira linha, como um instrumento ao serviço da comunidade, sendo, desde logo, um instrumento de defesa da família, onde os interesses individuais dos cônjuges eram sacrificados em prol dos interesses comunitários da mesma. O divórcio ganhou particular relevância no século XX, mais concretamente, entre nós, em 1910, pela introdução do regime do divórcio litigioso e do divórcio por mútuo consentimento, através do Decreto-Lei de 3 de Novembro de 1910.

Historicamente, o regime jurídico do divórcio foi alvo de constantes mutações. Desde logo, em 1940, com a Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa, o divórcio deixou de ser admitido para os casamentos católicos. Pouco depois, em 1966, o Código Civil Português veio estatuir um regime de divórcio mais conservador do que o criado em 1910, suprimindo o regime de divórcio por mútuo consentimento. De 1975 a 1977 foram introduzidas inúmeras alterações, de que destacamos as que foram introduzidas na sequência da celebração do Protocolo Adicional à Concordata celebrada entre a Santa Sé e a República Portuguesa de 1975, à luz do qual o divórcio voltou a ser admitido para os casamentos católicos e as que resultaram da “Reforma de 1977”⁷ em que se reintroduziu o divórcio por mútuo consentimento, onde foram reforçadas as causas objetivas de divórcio e foi consagrada, no entretanto modificado art.º 1779.º, a cláusula geral de violação dos deveres conjugais como fundamento de divórcio. Por sua vez, de 1995 a 2008, assistiu-se a movimentos de simplificação, facilitação,

Coimbra, Livraria Almedina, S.A., Março de 1999, pp. 366 a 370; Abel DELGADO, *O Divórcio*, 2ª Edição, Lisboa, Livraria Petrony, Lda, 1994, pp. 13 a 20.

⁶ A questão do pedido reparatório depender ou não de decretação do divórcio será posteriormente analisada na página 55 e 56 do presente estudo.

⁷ Com esta expressão pretendemos significar as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro de 1977 no Código Civil.

desjuridicalização, sentimentalização e diminuição da carga sancionatória, tradicionalmente, associada ao divórcio⁸.

1.3. Modalidades

Ao longo dos tempos, identificam-se três modalidades distintas: divórcio-sanção; divórcio-remédio e divórcio-rutura.

O divórcio-sanção, modalidade mais antiga, assenta no incumprimento culposos dos deveres conjugais por um dos cônjuges, traduzindo, assim, uma reação sancionatória a este incumprimento. O divórcio-remédio apesar de se apresentar como um mal, constitui um mal necessário: é um “remédio para uma situação matrimonial insustentável”⁹. Esta modalidade surgiu para justificar as situações em que existia uma alteração das faculdades mentais de um dos cônjuges sem que fosse exigível ao outro manter o vínculo matrimonial¹⁰. Por último, o divórcio-rutura tem por base a constatação de rutura definitiva do casamento, objetivamente considerada, sem possibilidade de recuperação da vida familiar, “independentemente da imputabilidade da situação a um ou a outro dos cônjuges e independentemente de qualquer indagação de culpas”¹¹.

Atualmente, o regime jurídico do divórcio encontra-se consagrado nos artigos 1773º e ss., reconhecendo-se a possibilidade de divórcio por mútuo consentimento e de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges e plasmando-se, fundamentalmente o modelo de divórcio-rutura.

O instituto do divórcio sofreu constantes mutações e a sua regulação dependerá, em primeira linha, da conceção que o legislador tem do próprio casamento¹². Se este for considerado como um mero contrato, o regime do divórcio será mais facilitado (Teoria Contratualista). Se, pelo contrário, o casamento for perspectivado como uma instituição familiar,

⁸ Para uma exposição dessas linhas orientadoras da reforma do regime jurídico do divórcio *vide* Pereira COELHO, e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito a Família*, cit., pp. 684 a 690 e Rute Teixeira PEDRO, *Convenções matrimoniais: A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Agosto de 2015, pp. 113 a 134.

⁹ Cristina Manuela Araújo DIAS, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio – Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro*, 2ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, S.A., Maio de 2009, p. 10.

¹⁰ Esta modalidade de divórcio encontra-se hoje prevista no nosso ordenamento jurídico no artigo 1781º, alínea b).

¹¹ Cristina DIAS, *Uma análise do novo regime...*, cit., p. 10.

¹² Tal como é constatado por Cristina DIAS, *Uma análise do novo regime...*, cit., p. 9.

no âmbito da qual o contrato surge apenas como elemento que lhe dá génese (Teoria Mista ou Eclética), o divórcio obedecerá a um regime mais restrito, o que se refletirá logo nas respetivas causas. O mesmo acontecerá se se entender o casamento exclusivamente como uma instituição, quer quanto à sua formação, quer quanto à sua celebração (Teoria Institucionalista)¹³.

Para a presente dissertação importa aqui analisar a última alteração ao regime do divórcio que contendeu diretamente com a responsabilidade civil no âmbito conjugal. A Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro seguiu a tendência europeia, eliminando as considerações de culpa, quer no que toca às causas do divórcio, quer quantos aos efeitos do mesmo. Aliás, esta é uma ideia que subjaz, em termos centrais, ao novo regime jurídico do divórcio.

Importa destacar três alterações principais no referido regime: em primeiro lugar, a culpa foi eliminada como fundamento do divórcio e como critério para a determinação dos efeitos patrimoniais do divórcio¹⁴; em segundo lugar, o conceito de responsabilidades parentais assume uma posição central, desde logo, porque “assistimos à substituição da designação “poder paternal” por “responsabilidade parentais”” e a algumas modificações “quanto aos critérios orientadores das decisões relativas à regulação daquelas relações em caso de divórcio, separação ou dissolução da união de facto”¹⁵; em terceiro lugar, reconhece-se a importância dos contributos para a vida no lar, quer conjugal, quer familiar, reformando-se, profundamente o regime do crédito de compensação por contribuição excessiva para os encargos da vida familiar por um dos cônjuges¹⁶.

Enquanto, por um lado, “é o facto de a dimensão afectiva da vida se ter tornado tão decisiva para o bem-estar dos indivíduos que confere à conjugalidade particular relevo”, nomeadamente, através da consideração do casamento enquanto “um acordo sentimental, despojado de interesses patrimoniais”¹⁷, por outro lado, não podemos esquecer que o divórcio

¹³ Sobre as teses referidas em texto, vide Pereira COELHO e Guilherme OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, cit., pp. 232 a 235 e Rute Teixeira PEDRO, *Convenções matrimoniais: A autonomia na conformação...*, cit., pp. 85 a 97.

¹⁴ Tal como expõe Rita Lobo XAVIER, *Recentes alterações do regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais – Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Edições Almedina, S.A., Abril de 2009, pp. 31 e 32.

¹⁵ Op. cit., pp. 1 e 2.

¹⁶ Vide op. cit., pp. 45 a 59.

¹⁷ Guilherme de OLIVEIRA, “Linhas gerais da Reforma do Divórcio”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 6, n.º 12, Coimbra, Coimbra Editora, Julho/Dezembro de 2009, p. 84.

pode ser uma fonte de injustiças¹⁸. Em razão disso, está prevista a reparação dos danos, assim como o recentemente reformado crédito compensatório previsto no art.º 1676.º, n.º 2 e 3. O mecanismo da reparação dos danos será abordado exaustivamente, ao longo do presente estudo, no que concerne às situações de violação dos deveres conjugais, concretamente, o dever de fidelidade.

Se até à “Reforma de 2008” a violação dos deveres conjugais, nomeadamente, do dever de fidelidade, constituía a base do direito ao divórcio litigioso, nos termos do art.º 1779.º¹⁹, hoje será uma manifestação da rutura definitiva do casamento, de acordo com o disposto no art.º 1781.º, al. d). Assim, apesar da referência ao mecanismo tradicional de resposta ao incumprimento, cumpre-nos realçar que o mesmo deixou de ser a reação específica à violação dos deveres conjugais.

2. DOS EFEITOS DO DIVÓRCIO E DA (IR)RELEVÂNCIA, A ESSE NÍVEL, DO INCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS

No passado, para além da violação dos deveres conjugais ser considerada causa de divórcio, nos termos do alterado art.º 1779.º, esta ditava, uma vez dissolvido o casamento, um conjunto de consequências patrimoniais de acordo com a aferição da relevância da culpa, nomeadamente no que dizia respeito à partilha, examinada *infra*. Atualmente, estes efeitos já não se encontram ligados à culpa, por via da alteração legal operada em 2008.

Por conseguinte, passando à análise dos efeitos do divórcio, este extingue a relação matrimonial dissolvendo o vínculo entre os cônjuges, fazendo cessar, para o futuro, os efeitos desta mesma relação, mantendo-se, porém, os efeitos já produzidos e gerando alguns efeitos em relação aos cônjuges e aos filhos do casal.

¹⁸ O divórcio poderá ser visto como uma fonte de injustiças, por exemplo, no que concerne à aplicação do regime de partilha previsto no art.º 1790º. Este regime será posteriormente analisado nos reflexos do incumprimento dos deveres conjugais nos efeitos do divórcio.

¹⁹ “Artigo 1779.º (Violação culposa dos deveres conjugais):

1. Qualquer dos cônjuges pode requerer o divórcio se o outro violar culposamente os deveres conjugais, quando a violação, pela sua gravidade ou reiteração, comprometa a possibilidade da vida em comum.
2. Na apreciação da gravidade dos factos invocados, deve o tribunal tomar em conta, nomeadamente, a culpa que possa ser imputada ao requerente e o grau de educação e sensibilidade moral dos cônjuges.”

Muitos são os efeitos decorrentes do decretamento do divórcio. Vamos abordar alguns deles, para demonstrar o diminuto papel que hoje a culpa tem na conformação dos mesmos.

A extinção do vínculo matrimonial produz-se nos termos do art.º 1789.º que estabelece os momentos temporais a partir dos quais o divórcio surte os seus efeitos. Uma vez decorridos os mesmos, qualquer um dos ex-cônjuges pode contrair novo casamento desde que respeitado o prazo internupcial do art.º 1605.º do mesmo diploma.

Nos termos do art.º 1688.º, os efeitos pessoais do casamento cessam com a dissolução do casamento. Assim, os cônjuges deixam de estar vinculados pelos deveres conjugais do art.º 1672º e ss.

Os direitos sucessórios do cônjuge, na sucessão legal, quer legítima, quer legitimária, cessam com o divórcio, tal como consta no art.º 2133.º, n.º 3. Na sucessão testamentária aplica-se um regime idêntico, uma vez que a instituição de herdeiro e o legado caducam “se o chamado à sucessão era cônjuge do testador e à data da morte deste se encontravam divorciados (...) por sentença já transitada ou que venha a transitar em julgado (...)”, como previsto no art.º 2317.º, al. d).

Os ex-cônjuges perdem o direito ao uso dos apelidos do outro (art.º 1677.º-B), salvo em caso de consentimento do ex-cônjuge ou autorização do Conservador do Registo Civil, nos termos do art.º 5.º, n.º 1, al. d) do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro.

As ilegitimidades conjugais relativas aos regimes de bens, cessam com o trânsito em julgado da sentença de divórcio. Cada um dos ex-cônjuges pode dispor livremente dos seus bens, da meação nos bens comuns e pode até pedir a separação da meação através da partilha.

Nos termos do art.º 1791.º, os ex-cônjuges perdem os benefícios, ou seja, as “*liberalidades*”²⁰, que tenha recebido ou que haja de receber do outro ex-cônjuge ou de terceiro, “em vista do casamento ou em consideração do estado de casado”, quer tenham sido estipulados antes do casamento, quer posteriormente²¹. O casamento funciona como condição de manutenção do benefício. Desaparecendo a causa do mesmo, a transferência patrimonial decai

²⁰ Tal como entendem os autores Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito a Família*, cit., p. 769.

²¹ Sobre este ponto, *vide op. cit.*, p. 768.

e os bens reverterem a favor do disponente. A aplicação deste efeito nestes termos é fruto da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, sendo uma consequência do abandono da relevância da culpa e da sua graduação no processo de divórcio. Antes desta alteração, apenas o cônjuge declarado único ou principal culpado perdia os benefícios. Atualmente, não só o cônjuge infiel perde os benefícios, mas também o cônjuge lesado, o que pode conduzir a resultados injustificados, nomeadamente no caso de se ter verificado a violação dos deveres conjugais por um dos cônjuges.

A obrigação de indemnizar prevista no art.º 1792.º constitui o objeto de análise do presente estudo, pelo que será posteriormente abordada com grande detalhe.

O exercício das responsabilidades parentais relativamente aos filhos menores obedecerá ao regime dos art.º 1905.º e ss., devendo ser regulado, se ainda não o tiver sido²².

Com a dissolução do casamento, as relações patrimoniais entre os cônjuges cessam (art.º 1688.º), podendo proceder-se à partilha prevista no art.º 1790.º. Se antes da “Reforma de 2008”, o cônjuge declarado único ou principal culpado pelo divórcio não poderia receber na partilha mais do que receberia à luz do regime de bens de comunhão de adquiridos, de forma a evitar que este cônjuge pudesse retirar vantagem patrimonial do decretamento do divórcio, ou seja, só se aplicaria em caso de comunhão mais intensa do que a de adquiridos. Atualmente, sempre que haja um património comum a partilhar, devem considerar-se, na operação de partilha, os resultados patrimoniais a que se chegaria à luz da comunhão de adquiridos. Esta solução pode conduzir a resultados injustificados, pois pode produzir a vantagem indevida de um dos cônjuges, muitas vezes até aquele que deu causa ao divórcio²³.

O crédito compensatório encontra-se previsto no art.º 1676.º, n.º 2 e visa compensar o cônjuge que se dedicou ao trabalho doméstico. O legislador pretendeu afirmar “que o trabalho prestado por um dos cônjuges no governo da casa e na criação e educação dos filhos *tem valor*

²² No caso de divórcio por mútuo consentimento, quando ainda não esteja regulado, os cônjuges devem acordar sobre este exercício para instruir o pedido de divórcio nos termos do art.º 1775.º, al. b). Quando se trate de um divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges, o exercício das responsabilidades parentais é regulado por acordo, sujeito a homologação (art.º 34.º do RGPTC); na falta de acordo ou se a homologação for recusada, caberá ao juiz decidir, nos termos do art.º 1906º do C.C e 38º a 40º do RGPTC.

²³ Rute Teixeira PEDRO, “A Partilha do Património Comum do Casal em caso de Divórcio – Reflexões sobre a Nova Redacção do Art. 1790.º do Código Civil”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume III, Almedina S.A., 2011, pp. 448 e 449.

económico, como o trabalho profissional”²⁴. Este crédito pressupõe a reunião cumulativa de vários requisitos que se encontram plasmados no artigo citado, com recurso a vários conceitos indeterminados²⁵.

Entre os ex-cônjuges pode também emergir uma obrigação de alimentos, nos termos do art.º 2016.º e ss., tendo qualquer um deles legitimidade para formular um pedido ao outro, como “*prolongamento do dever de assistência* conjugal, um resto de solidariedade familiar”²⁶. A obrigação de alimentos surge apenas quando um dos cônjuges não possa prover à sua autossubsistência, o que conduzirá a que a mesma perdure por um período temporal limitado. Também aqui se constata a exclusão da graduação de culpa operada pela “Reforma de 2008”. No entanto, a factualidade que se encontrou na base do divórcio pode ditar uma exclusão do direito ao divórcio por invocação de “razões manifestas de equidade”. Assim poderá ser quando o cônjuge que motivou o divórcio venha peticionar alimentos, o direito a alimentos pode ser negado²⁷.

Por último, quanto ao destino da casa de morada de família, este dependerá da modalidade de divórcio. Se se tratar de um divórcio por mútuo consentimento, esta matéria será objeto de acordo, nos termos do art.º 1775.º, al. d); caso não cheguem a acordo, caberá ao Tribunal a decisão, nos termos do art.º 1778.º. Em caso de divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges, aplicar-se-á o art.º 1793.º, quando a casa de morada de família se situe num imóvel que seja propriedade de um dos cônjuges, compropriedade de ambos ou bem comum do casal e o art.º 1105.º, na hipótese de a casa de morada de família se situar num imóvel que seja arrendado.

Por conseguinte, com a eliminação da ponderação da culpa, o incumprimento dos deveres conjugais acaba por se tornar irrelevante para a aferição dos efeitos patrimoniais do

²⁴ Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, cit., p. 746.

²⁵ Antes da “Reforma de 2008” já se previa um crédito compensatório, mas existia uma presunção ilidível de renúncia ao mesmo. Sobre a nova configuração do referido crédito *vide* Raquel Maria Ferreira VIEIRA, *O Crédito Compensatório à luz do Novo Regime do Divórcio – O Santo Graal tolhido pelas exigências dos seus conceitos indeterminados*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto em Ciências Jurídico-Privatísticas, Julho de 2015, pp. 20 a 30.

²⁶ Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, cit., p. 771.

²⁷ *Vide* Maria João TOMÉ, “Reflexões sobre a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges”, *Textos de Direito da Família*, Coordenação de Guilherme de Oliveira, Fevereiro de 2016, disponível em http://www.centrodedireitodafamilia.org/files/ficheiros_apensos/Textos_de_Direito_da_Familia.pdf, pp. 573 e ss.

divórcio. Ambos os cônjuges, quer o cônjuge infiel, quer o cônjuge lesado, são colocados em igual patamar para a determinação dos mesmos, conduzindo a situações infundadas, tal como supramencionado.

CAPÍTULO II

A RESPONSABILIDADE CIVIL E O CASAMENTO – (DES)ENCONTROS DE DOIS INSTITUTOS JURÍDICOS

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL

Após o breve enquadramento do mecanismo tradicional de reação ao incumprimento dos deveres conjugais (o divórcio), vamos passar a analisar o regime jurídico da reação comum ao incumprimento de deveres jurídicos de natureza privatística que conectionam as pessoas num dado ordenamento jurídico: a Responsabilidade Civil.

Etimologicamente, a expressão “responsabilidade” só surgiu, “em vernáculo, no início do século XIX, proveniente do francês *responsable*”; nem em latim existe uma expressão para exprimir “responsabilidade”, sendo que era necessário recorrer a “perífrases explicativas ou a significados parcelares”, e.g. “*actio de damno*”²⁸.

A partir da análise etimológica, podemos concluir que se traduz na necessidade de responsabilizar alguém pelos seus comportamentos prejudiciais, ou seja, responder por alguma coisa ou “*prestar contas* pelos próprios actos”²⁹. A responsabilidade civil é, assim, “*a situação em que se encontra alguém que, tendo praticado um acto ilícito, é obrigado a indemnizar o lesado dos prejuízos que causou*”³⁰. A violação de um dever jurídico gera um novo dever: o de reparar o dano.³¹ A Responsabilidade Civil traduz-se, muito sucintamente, no instituto jurídico que permite imputar a alguém os prejuízos causados a outrem pelos seus atos ou omissões. Trata-se, então, de “impor a uma pessoa a obrigação de reparar um dano causado a outrem”³².

²⁸ Sobre a etimologia da palavra “responsabilidade” cfr. António Menezes CORDEIRO, *Tratado do direito civil português: Direito das Obrigações*, Volume II, Tomo III, Coimbra, Edições Almedina, S.A., Maio de 2010, p. 291.

²⁹ Fernando de Sandy Lopes Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1995, p. 34.

³⁰ Op. cit., p. 36.

³¹ Sobre a evolução histórica do instituto da responsabilidade civil cfr. António Menezes CORDEIRO, *Tratado do direito civil português...*, Volume II, Tomo III, cit., p. 291 a 315.

³² Jorge Sinde MONTEIRO, “Responsabilidade Civil”, *Revista de Direito e Economia*, Ano IV, n.º 2, Coimbra, Livraria Almedina S. A., Julho/Dezembro de 1978, p. 314.

O instituto da responsabilidade civil abrange, não só, as situações em que existe a violação de um dever jurídico especial que pode ter a sua origem num contrato³³ (responsabilidade contratual), como também as resultantes da violação de deveres gerais de conduta e da violação de direitos absolutos (responsabilidade aquiliana)³⁴.

1.1. Responsabilidade Civil Aquiliana – delimitação e enunciação dos pressupostos

A responsabilidade civil aquiliana encontra o seu regime previsto no art.º 483.º e ss. e o seu nome remonta à *lex aquilia*. Trata-se de uma verdadeira realidade autónoma, “que vale por si e que surgiu insularizada”³⁵. Sumamente, deriva da violação de deveres ou vínculos jurídicos gerais, ou seja, de deveres de conduta impostos à generalidade das pessoas (direitos absolutos) com a consequente produção de danos ao titular destes direitos³⁶. No âmbito da responsabilidade civil aquiliana insere-se a responsabilidade por factos ilícitos, pelo risco e pela prática de factos lícitos. Para o tema aqui a ser tratado importa concretizar a responsabilidade por factos ilícitos.

O art.º 483.º estabelece uma cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva fazendo depender a obrigação de indemnizar da verificação cumulativa de cinco pressupostos: o facto voluntário do agente; a ilicitude; a culpa; o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

No primeiro pressuposto, para que exista uma situação de responsabilidade é necessário um “comportamento dominável pela vontade, que possa ser imputado a um ser humano”³⁷. Esta qualificação visa, sobretudo, excluir os “factos naturais produtores de danos, ou seja, os que não dependem da vontade humana e se apresentam por ela objectivamente incontrolláveis”³⁸. O facto voluntário do agente pode revestir duas formas: a ação, prevista no art.º 483.º e a omissão, prevista no art.º 486.º. Na primeira hipótese, a imputação da conduta ao agente “apresenta-se

³³ Para Sinde MONTEIRO, a designação não é rigorosa, uma vez que na responsabilidade contratual também se inserem as violações de negócios jurídicos unilaterais e não apenas contratos. “Responsabilidade Civil”, cit., p. 315.

³⁴ No presente estudo, adotamos as expressões defendidas por Menezes CORDEIRO, *Tratado do direito civil português ...*, Volume II, Tomo III, cit., p. 387: aquiliana e obrigacional.

³⁵ Op. cit., p. 387.

³⁶ Veja-se, neste sentido, Mário Júlio de Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 4º Reimpressão da 12ª Edição Revista e atualizada, Coimbra, Edições Almedina, S.A, Maio de 2016, p. 540.

³⁷ Luís de Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações – Introdução da Constituição das Obrigações*, Volume I, 13ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, S. A., Janeiro de 2016, p. 257.

³⁸ Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 558.

como simples”³⁹, ao contrário da situação de omissão em que existe uma oneração a um dever específico, criado por contrato ou imposto por lei, de praticar o ato omitido.

O facto voluntário do agente, ativo ou omissivo, só gera responsabilidade se for ilícito. De acordo com o art.º 483.º, n.º 1, estamos perante situações de ilicitude em três casos: em primeiro lugar, se for violado o direito subjetivo de outrem – incluem-se aqui as ofensas a direitos absolutos, como os direitos de personalidade⁴⁰ –, em segundo lugar, se existir a violação de norma de proteção de interesses alheios⁴¹ e, por último, nos tipos delituais específicos, como é exemplo o abuso de direito.

A lei exige ainda, como pressuposto para a responsabilidade civil, a culpa, como resulta do art.º 483.º, n.º 1. Nas palavras de LUÍS MENEZES LEITÃO, a “culpa pode ser definida como o juízo de censura ao agente por ter adoptado a conduta que adoptou, quando de acordo com o comando legal estaria obrigado a adoptar conduta diferente.”⁴² A culpa admite duas formas distintas: o dolo (o agente tem a intenção de praticar o facto) e a negligência (não existe intenção do agente, mas o comportamento do mesmo não deixa de ser censurável, uma vez que ele omitiu uma diligência à qual estava obrigado). O C.C. atual, em relação à apreciação e graduação da culpa, estabelece o critério da apreciação em abstrato, “exigindo a lei ao agente a diligência padrão dos membros da sociedade, a qual é naturalmente a diligência do homem médio ou, como diziam os romanos, do *bonus pater familias*”⁴³ (art.º 487.º, n.º 2).

O surgimento de responsabilidade civil importa o nascimento da obrigação do responsável indemnizar os danos sofridos pelo lesado. É necessário, por isso, que se verifica a produção de um dano enquanto “*frustração de uma utilidade que era objecto de tutela jurídica*”⁴⁴.

³⁹ Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I, cit., p. 257.

⁴⁰ A este propósito, Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 562, a propósito dos direitos familiares pessoais, apesar de direitos absolutos, exclui-os da aplicação do regime da responsabilidade civil.

⁴¹ “Trata-se de normas que, embora dirigidas à tutela de interesses particulares – que exclusivamente, quer conjuntamente com o interesse público – não atribuem aos titulares desses interesses um verdadeiro direito subjectivo, por não lhes atribuírem em exclusivo o aproveitamento do bem” in Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações...*, Vol. I, cit., p. 265.

⁴² Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações...* Vol. I, cit., p. 280. Sinde MONTEIRO, na mesma linha de pensamento, aprecia a culpa como um “juízo de reprovação que a conduta do agente suscita” in “Responsabilidade Civil”, cit., p. 317.

⁴³ Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações...* Vol. I, cit., pp. 285 e 286.

⁴⁴ Op. cit., p. 297.

Várias são as classificações propostas para esclarecer as espécies de dano, por uma questão de economia deste trabalho, apenas mencionaremos a dicotomia dano patrimonial/dano não patrimonial e, dentro do primeiro elemento do binómio lucro cessante/dano emergente.

A distinção entre dano patrimonial e dano não patrimonial assenta na suscetibilidade de avaliação pecuniária ou não dos danos provocados ao lesado. No primeiro caso, os danos incidem sobre interesses de natureza económica, com reflexos no património do lesado. Enquanto, no segundo caso, os danos reportam-se a “valores de ordem espiritual, ideal ou moral”⁴⁵. A título exemplificativo, no plano do objeto em análise no presente estudo, representam danos patrimoniais os custos advenientes de um processo de divórcio e danos não patrimoniais o sofrimento causado pelo conhecimento da infidelidade do cônjuge ou ex-cônjuge. Acrescenta-se que, amiúde, o mesmo facto pode gerar as duas espécies de dano, por exemplo, o desgosto provocado pela infidelidade que leve a um estado depressivo e a uma consequente impossibilidade de realização da atividade profissional.

Em relação à ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, apesar da tradicional querela sobre a mesma, a posição dominante entende que os mesmos podem ser compensados, apesar de serem insuscetíveis de uma verdadeira reparação ou indemnização por não serem avaliáveis pecuniariamente. O próprio art.º 496.º, n.º 1 admite a indemnização pelos “danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”.

No que respeita aos danos patrimoniais, podem distinguir-se os danos emergentes e os lucros cessantes, de acordo com o art.º 564.º, n.º 1. Os primeiros traduzem “a perda ou diminuição de valores já existentes no património do lesado”; os segundos respeitam aos benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão, ou seja, “ao acréscimo patrimonial frustrado”⁴⁶.

Por último, o art.º 483.º, n.º 1 exige ainda que o facto constitua causa do dano, ao proclamar que o lesante se encontra adstrito a indemnizar “o lesado pelos danos resultantes da violação”. Nos termos do art.º 563.º, são indemnizáveis apenas os danos que o facto ilícito tenha, na realidade, ocasionado, ou seja, os que se considerem por ele produzidos. Nas palavras

⁴⁵ Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 592.

⁴⁶ Op. cit., p. 596.

de ALMEIDA COSTA, o “nexo de causalidade entre o facto e o dano desempenha, consequentemente, a dupla função de *pressuposto* da responsabilidade civil e de *medida* da obrigação de indemnizar”⁴⁷. Para a aferição deste pressuposto, a doutrina maioritária em Portugal defende a aplicação da Teoria da Causalidade Adequada, à luz da qual, para que exista aquele nexo, não basta que o facto tenha sido em concreto a causa do dano, exigindo-se também o mesmo, em abstrato, seja adequado a produzi-lo, de acordo com avaliação de prognose póstuma⁴⁸.

1.2. Responsabilidade Civil Obrigacional – delimitação e enunciação dos pressupostos

Na responsabilidade obrigacional está em causa o não cumprimento de obrigações, independentemente da sua fonte, e encontra-se regulada nos artigos 798º e ss. Pressupõe “a existência de uma relação inter-subjectiva, que primariamente atribua ao lesado um direito à prestação, surgindo como consequência da violação de um dever emergente dessa relação específica”⁴⁹.

A responsabilidade contratual implica a violação de deveres relativos (entre pessoas determinadas) e, ao contrário do regime da responsabilidade aquiliana onde a relação de direito só surge quando se verifica o facto danoso, aqui pressupõe-se a existência de uma relação prévia entre os sujeitos⁵⁰.

A responsabilidade obrigacional está “ao serviço do valor “contrato” e, como tal, visa “assegurar e prolongar a função do contrato, assente na criação e na circulação da riqueza”⁵¹.

Na responsabilidade obrigacional aplicam-se os pressupostos mencionados *supra* para a afirmação de uma obrigação de indemnizar, apesar de alguns terem contornos distintos. Pensamos, por exemplo, na ilicitude no plano da responsabilidade obrigacional, que se tratará do incumprimento ou inexecução da obrigação, “que o art.º 798.º define como falta de

⁴⁷ Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 605.

⁴⁸ Sobre este ponto veja, entre outros, Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações...* Vol. I, cit., pp. 310 e 315.

⁴⁹ Op. cit., p. 256.

⁵⁰ Sinde MONTEIRO, “Responsabilidade Civil”, cit., p. 315.

⁵¹ Menezes CORDEIRO, *Tratado do direito civil português...* Vol. II, Tomo III, cit., pp. 390 e 391.

cumprimento”. O devedor atuará ilicitamente sempre “que se verifique qualquer situação de desconformidade entre a sua conduta e o conteúdo do programa obrigacional”⁵².

LUÍS MENEZES LEITÃO, a propósito do art.º 798.º, refere que existe uma clara distinção entre a ilicitude, no plano da responsabilidade contratual, que, tal como referido, trata-se do incumprimento da obrigação, e a culpa, que será a “censurabilidade ao devedor desse incumprimento”⁵³. Adianta ainda, a propósito da diferença entre os pressupostos da responsabilidade civil obrigacional e a responsabilidade civil aquiliana, que a principal diferença entre ambas reside no regime do ónus da prova, face à presunção prevista no art.º 799.º que se aplica à responsabilidade civil obrigacional, que será analisada *infra*.

Importa agora determo-nos, mais pormenorizadamente, na distinção entre responsabilidade civil aquiliana e responsabilidade civil obrigacional, enumerando as principais diferenças entre os respetivos regimes, finalizando, com uma breve referência à problemática do concurso de responsabilidades.

1.3. Enunciação das principais notas distintivas do regime jurídico da responsabilidade civil aquiliana e da responsabilidade civil obrigacional

Sinopticamente, enunciamos nos próximos parágrafos as principais diferenças entre o regime jurídico destes dois tipos de responsabilidade⁵⁴.

Em primeiro lugar, a culpa é presumida na responsabilidade obrigacional (artigo 799º, n.º 1), mas já não na responsabilidade aquiliana.

Em segundo lugar, os prazos de prescrição são mais curtos na responsabilidade aquiliana (artigo 498º), enquanto na responsabilidade obrigacional aplicam-se os prazos de prescrição gerais das obrigações, em regra mais longos (artigo 309º e ss.).

⁵² Luís de Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações - Transmissão e Extinção das Obrigações e Não cumprimento e Garantias do Crédito*, Volume II, 10ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, S. A., Janeiro de 2016, pp. 236 e 237.

⁵³ Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações...* Vol. I, cit., p. 317.

⁵⁴ Acompanhamos, aqui, Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações...*, Vol. I, cit., p. 254 e Adriano Paes da Silva VAZ SERRA, “Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual”, *BMJ*, n.º 85, Abril de 1959, pp. 118 e 119, com algumas correções e adaptações ao regime atual de responsabilidade civil.

Em terceiro lugar, o regime de responsabilidade por atos de terceiro difere consoante os regimes de responsabilidade (artigo 500º para a responsabilidade aquiliana e artigo 800º para a responsabilidade obrigacional).

Em quarto lugar, em caso de pluralidade passiva, na responsabilidade aquiliana aplica-se o regime da solidariedade, enquanto na responsabilidade obrigacional só se aplica este regime, se a própria obrigação incumprida fosse solidária.

Em quinto lugar, a competência territorial judiciária distinta consoante se trate de responsabilidade aquiliana ou responsabilidade obrigacional (artigo 71º do C.P.C.).

Finalmente, uma outra diferença apontada por parte da doutrina é a que resulta do entendimento segundo o qual, na responsabilidade obrigacional, os danos não patrimoniais não são compensáveis, apenas o sendo no âmbito da responsabilidade aquiliana⁵⁵.

1.4. Concurso de responsabilidades

Os acontecimentos que concorrem para a aplicação do regime da responsabilidade civil podem preencher, simultaneamente, os pressupostos de ambos os tipos de responsabilidade.

Na verdade, pode acontecer que o mesmo facto gere um dano que, em simultâneo, viole quer uma relação de crédito, aflorando aqui a responsabilidade obrigacional, quer, por exemplo, um direito absoluto, suscitando a aplicação da responsabilidade aquiliana⁵⁶. A propósito do objeto do presente estudo, é possível que se verifique uma situação dessa espécie. Pense-se, a título meramente exemplificativo, nas situações em que a violação de um dever conjugal, nomeadamente o dever de fidelidade, é suscetível de gerar não só responsabilidade civil contratual, mas igualmente, responsabilidade civil aquiliana, desde logo, se se considerar que existe uma violação dos direitos de personalidade (*e.g.* direito à honra, direito à privacidade da vida íntima e familiar).

O fenómeno de concurso de responsabilidades tem conduzido ao esbatimento da distinção clássica entre responsabilidade aquiliana e responsabilidade obrigacional. Existem,

⁵⁵ Veja-se o que diremos na página 53 e 54 do presente estudo.

⁵⁶ Conforme esclarece Mário Júlio Almeida COSTA, “O concurso de responsabilidade civil contratual e da extracontratual”, *Ab uno ad omnes: 75 anos da Coimbra editora*, Organização Antunes Varela ... [et al.], Coimbra, Coimbra Editora, Lda, Março de 1998, p. 559.

também, diversas situações cuja inserção numa ou noutra categoria de responsabilidade suscita alguma hesitação, *e.g.* a tutela da confiança, a *culpa in contrahendo* pela rutura das negociações e o *venire contra factum proprium*.

Tendo em vista a relevância prática desta controvérsia, atendendo às diferenças de regime referidas, têm sido construídas várias orientações que se propõem a solucionar este problema, dividindo-se em dois grupos: o sistema de cúmulo e o sistema de não cúmulo.

No sistema de cúmulo existem três concepções diferentes: na primeira, denominada ação híbrida, entende-se que o lesado pode usar, na mesma ação, as normas mais favoráveis de ambos os regimes de responsabilidade civil⁵⁷; na segunda concepção, apelidada teoria da opção, o lesado tem de optar entre as normas de um ou do outro regime, na sua totalidade⁵⁸; na terceira, designada teoria da concorrência, o lesado poderá intentar duas ações autónomas, uma baseando-se no regime da responsabilidade aquiliana e a outra no regime da responsabilidade obrigacional.

Já no sistema de não cúmulo⁵⁹, para as situações que convocam os dois regimes de responsabilidade civil, convoca-se o “*concurso aparente* das duas modalidades de responsabilidade civil”. É a opinião defendida por ALMEIDA COSTA⁶⁰. Assim, uma vez que a aplicação do regime da responsabilidade obrigacional é mais favorável ao lesado⁶¹, aplica-se, exclusivamente, o regime da responsabilidade contratual. Por outro lado, faz-se apelo ao princípio da consunção, ou seja, numa situação concreta em que concorrem os dois tipos de responsabilidade, de acordo com o princípio da autonomia privada que preside à regulamentação do direito das obrigações, deve considerar-se o facto que gerou o dano, em

⁵⁷ Esta concepção era defendida por Adriano VAZ SERRA, “Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual”, cit., p. 231.

⁵⁸ Este entendimento é defendido por António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Reimpressão da obra de 1985, Coimbra, Livraria Almedina, Abril de 2003, p. 432.

⁵⁹ Esta perspetiva é propugnada por Almeida COSTA, “O concurso de responsabilidade civil contratual e da extracontratual”, cit., p. 550.

⁶⁰ Almeida COSTA exemplifica algumas situações de *concurso aparente*: “o transportador que, por culpa sua, ocasiona um acidente, ferindo a pessoa transportada; o médico radiologista que provoca lesões ao paciente; o farmacêutico que, em vez do medicamento solicitado, entrega ao cliente um produto nocivo à saúde; o depositário que danifica a coisa depositada”. Op. Cit., p. 560.

⁶¹ Desde logo, pela previsão de uma presunção de culpa no artigo 799º.

primeiro lugar, como um ilícito contratual, pelo que o regime da responsabilidade obrigacional “«consome» o da extracontratual”⁶².

Após uma breve explanação do instituto da responsabilidade civil, como solução do Direito Comum para as situações de lesão de direitos absolutos ou relativos (incumprimento), cumpre-nos analisar se a mesma solução pode ser aplicada na hipótese em que um dos cônjuges provoca danos patrimoniais e/ou danos não patrimoniais ao outro na constância do casamento, por violação de posições jurídico familiares, devendo para o efeito, averiguar se existem soluções eminentemente familiares que excluam as soluções de direito comum.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO FUNCIONAMENTO DO REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA ÁREA CONJUGAL – A IMUNIDADE INTERCONJUGAL

A Responsabilidade Civil e o Direito da Família são áreas de estudo que, só muito recentemente, se começaram a correlacionar na doutrina e na jurisprudência. Desde logo, pelo conflito gerado pela ideia de um Direito da Família, representado pelas suas relações afetivas, monetarizado por força da aplicação do instituto da responsabilidade civil⁶³. Ademais, a própria proteção constitucional conferida à Família nos artigos 67º e ss. da Constituição da República Portuguesa (C.R.P.) gera algumas dúvidas em relação à aplicação da responsabilidade civil, na medida em que os princípios que regem o Direito da Família e os princípios da Responsabilidade Civil poderão entrar em conflito⁶⁴.

Nas palavras de MENEZES CORDEIRO⁶⁵, o Direito da Família “lida com relações obrigacionais, não sendo hoje correcto falar-se, nesse domínio, em “direitos à pessoa” ou “direitos sobre a pessoa””. Consequentemente, esta integração das relações obrigacionais no

⁶² Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 552.

⁶³ Na área do direito da família o problema da monetarização concentra-se na “reafirmação de uma situação de superioridade de quem paga e, talvez mais que isso, sobre a sensação generalizada de que o pagamento encerra os efeitos da falha, pondo fim à satisfação devida à sociedade” tal como preconiza Anderson SCHREIBER, “Responsabilidade Civil e Direito de Família: A proposta da reparação não pecuniária”, *Responsabilidade civil no Direito de Família*, coordenação de Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa, São Paulo, Editora Atlas, S. A., 2015, p. 40.

⁶⁴ Trata-se de uma ideia destacada pela doutrina brasileira. Nesse sentido Felipe Cunha de ALMEIDA, *Responsabilidade Civil no Direito de Família – Angústias e aflições nas relações familiares*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 20.

⁶⁵ Menezes CORDEIRO, *Tratado do direito civil português...*, Volume II, Tomo I, cit., p. 434.

âmbito do Direito da Família, atribui uma “especial coloração às posições subjectivas das pessoas envolvidas”⁶⁶. Neste sentido, nas palavras de Paolo Cendon e Giovanna Sebastio “*ciò che s’ intende tutelare mediante l’affermazione della responsabilità civile in famiglia “è la persona in quanto tale e non invece un interesse superindividuale o superfamiliare, ovvero un interesse che sai in qualche modo riconducibile allo status di coniuge o di familiare”*”⁶⁷.

Por conseguinte, no presente estudo, pretende-se responder à questão, que há muito se discute em Portugal e em outros ordenamentos, de saber se alguém ofendido pelo seu próprio cônjuge pode, como qualquer outro indivíduo lesado, exigir deste uma indemnização? Esta questão, como facilmente se depreende, levanta muitas outras, desde logo, a título exemplificativo e em caso afirmativo, fundamenta-se em que regime de responsabilidade civil? E quais os danos ressarcíveis? Propomos aqui a análise das diversas teorias doutrinárias e posições jurisprudenciais, não poucas vezes diametralmente opostas.

Recorrendo às palavras de LUÍS MENEZES LEITÃO, a responsabilidade civil corresponde ao “conjunto de factos que dão origem à obrigação de indemnizar os danos sofridos por outrem”⁶⁸ e consiste, assim, numa fonte de obrigações alicerçada no princípio do ressarcimento dos danos.

Quer no plano contratual, quer no plano da responsabilidade aquiliana, todos os indivíduos devem abster-se de causar qualquer lesão na esfera jurídica dos demais, sob pena de virem a ser responsabilizados pelo comportamento lesivo. Fará sentido camuflar comportamentos atentatórios, simplesmente por estarem sob o manto da intimidade da vida familiar?

No âmbito familiar, a tutela indemnizatória tem sido negada ao longo dos tempos com base na teoria da fragilidade da garantia dos direitos familiares pessoais⁶⁹. O apelo a esta teoria tem sido feito, embora o princípio da *interspousal immunity* – princípio que consagra a impossibilidade de um cônjuge agir contra o outro de forma a obter o ressarcimento de um

⁶⁶ Menezes CORDEIRO, *Tratado do direito civil português...*, Volume II, Tomo I, cit., p. 435.

⁶⁷ Paolo CENDON e Giovanna SEBASTIO, *Lei, lui e il danno. La responsabilità civile tra coniugi*, Resp. civ. e prev., 2002, 06, p. 1257 e ss. *apud* Aránzazu Novales ALQUÉZAR, “Infedeltà coniugale e responsabilità civile in Italia e in Spagna”, *Comparazione e diritto civile*, disponível em http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/alquezar_infedelta.pdf, p. 31.

⁶⁸ Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações...*, Volume I, cit., p. 253.

⁶⁹ Este conceito será esclarecido, posteriormente, nas páginas 33 e ss. deste estudo.

prejuízo ou dano causado por este ^{70/71} – nunca tenha sido acolhido diretamente no nosso ordenamento jurídico. O modelo familiar, vivido na época, de generalizada subordinação da mulher ao seu marido limitava fortemente a atuação judicial daquela e estas ações eram raríssimas, senão inexistentes. Contudo, sempre se afirmou que qualquer cônjuge podia litigar contra o outro, sem a intervenção deste⁷².

O princípio da *interspousal immunity* teve como fundamento o princípio da *unity of spouses* que se traduz na assunção de que marido e mulher constituem uma só pessoa jurídica. Embora na maior parte dos ordenamentos jurídicos não se tenha adotado esta personificação do casal. Deste princípio da unidade surgiam duas regras: nenhum ato ilícito praticado por um dos cônjuges contra o outro podia constituir fonte de responsabilidade civil e impedia que um cônjuge intentasse uma ação contra o outro ou prosseguisse uma ação, intentada previamente à celebração do casamento, contra o outro. Contudo, este princípio tinha uma exceção: no que concernia às ações penais, estas não estavam vedadas aos cônjuges, se os factos praticados fossem penalmente relevantes⁷³.

Esta imunidade constitui um corolário de limites impostos à capacidade de gozo e de exercício da mulher casada, fruto das desigualdades existentes entre homem e mulher, mas que têm vindo a desaparecer quer no sistema anglo-saxónico, quer no sistema continental.

Mais tarde, o princípio da *unity of spouses* passou a fundamentar-se no princípio da tranquilidade familiar, mas rapidamente entrou em declínio por força das alterações na conceção de família, nos progressos do princípio da igualdade de géneros e no desenvolvimento económico, nomeadamente na inclusão da mulher no mercado de trabalho operada pela

⁷⁰ Ângela Cristina da Silva CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra, Coimbra Editora, Lda, Setembro de 2000, p. 17 e Aida Filipa Ferreira da SILVA, *Responsabilidade Civil entre Cônjuges no Divórcio – As alterações ao artigo 1792º do Código Civil com a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, p. 6.

⁷¹ A propósito do Direito Espanhol, Pamela Mendoza ALONZO, “Daños morales por infidelidade matrimonial. Un acercamiento al derecho español”, in *Revista Chilena de Derecho y Ciencia - Política*, Volume 2, n.º 2, 2011, pp. 42 e 43 faz-nos referência ao princípio da “inmunidad y privilegio matrimonial” como regra moral semelhante ao mencionado princípio da *interspousal immunity*, enquanto fruto do modelo patriarcal também vivido neste ordenamento jurídico e que deriva diretamente da natureza própria das relações familiares determinada pelos vínculos de solidariedade entre os membros da família.

⁷² Desde logo, o artigo 1192º do Código Civil de Seabra estatuiu que a mulher era incapaz de estar em juízo sem autorização do marido, exceto se pleiteasse contra este.

⁷³ Exceção apresentada por Ângela CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, cit., p. 20.

revolução industrial. Na expressão de Josep Ferrer Riba a família deixou, assim, de ser considerada como uma “*unidad de cooperación a largo plazo*”⁷⁴.

No mesmo sentido, ÂNGELA CERDEIRA conclui que não se pode pôr em causa o princípio segundo o qual o “sujeito deve orientar os seus actos de modo a respeitar os seus semelhantes”⁷⁵ para preservar a unidade familiar.

Em Portugal, para a autonomização da possibilidade de intentar uma ação de responsabilidade civil entre cônjuges concorreu a CRP de 1976 e a “Reforma de 1977” do Código Civil Português.

As alterações introduzidas na “Reforma de 77” foram, em larga medida, ditadas pelo princípio da igualdade entre cônjuges consagrado no artigo 36º, n.º 3 da CRP. Foi nesta Reforma que se introduziu o artigo 1792.º na sua formulação originária, de que iremos falar *infra*.

3. A REPARAÇÃO DOS DANOS NO DIREITO MATRIMONIAL PORTUGUÊS

3.1. O regime anterior à “Reforma de 2008”

O artigo 1792º estatuiu, no seu n.º 1, na redação dada pela “Reforma de 77”, duas possibilidades de reparação: por um lado, a reparação nos casos de divórcio com base na alteração das faculdades mentais, hipótese em que não se averiguava a culpa dos cônjuges; por outro lado, a reparação dos danos não patrimoniais causados pelo cônjuge culpado ou principal culpado ao outro cônjuge pela dissolução do casamento⁷⁶. Relevavam, aqui, as consequências lesivas associadas ao decretamento do divórcio, *e.g.* a solidão, a instabilidade, a frustração, a insegurança emocional, bem como a desconsideração social. Neste último caso, a ação de indemnização teria de ser deduzida na própria ação de divórcio, tal como previa o n.º 2 deste

⁷⁴ Josep Riba FERRER, *Relaciones familiares y limites del derecho de daños*, “Estudios jurídicos en homenaje al professor Luis Díez-Picazo, T. II, Civitas, Madrid, 2003, p. 1840 *apud* Pamela ALONZO, “Daños morales por infidelidad matrimonial. Un acercamiento al derecho español”, cit., p. 43.

⁷⁵ Ângela CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, cit., p. 59.

⁷⁶ De acordo com o Ac. do STJ de 5 de Fevereiro de 1985, disponível no Boletim do Ministério Público (BMP), n.º 344 (Março de 1985), na ação de divórcio só podia ser apreciado e decidido o pedido de indemnização por danos não patrimoniais decorrentes da dissolução do casamento. Os danos causados pelo fundamento do divórcio estavam sujeitos ao regime geral da responsabilidade civil. O Ac. do STJ de 13 de Março de 1985, disponível no BMP, n.º 345 (Abril de 1985), veio confirmar a natureza dos danos a ressarcir pelo artigo 1792º, acrescentando que os danos patrimoniais decorrentes da dissolução do casamento encontrariam, também, o seu ressarcimento nos termos gerais da responsabilidade civil.

mesmo artigo. A petição na própria ação tinha um “duplo efeito”⁷⁷: possibilitava “a cumulação do pedido de dissolução do casamento com a pretensão de indenização, sem embargo do disposto no artigo 470º, n.º 1, e no artigo 274º, n.º 3, do Código de Processo Civil”^{78/79} e impunha a vigência de um princípio de preclusão do pedido, já que se o pedido não fosse formulado na ação de divórcio, não poderia ser formulado em ação autónoma.

De acordo com a doutrina tradicional da fragilidade da garantia, não seria possível, neste último caso, a sua ressarcibilidade, pois não era possível impor o cumprimento dos deveres conjugais, *e.g.* o caso da infidelidade.

ÂNGELA CERDEIRA não se conformava com esse entendimento, mesmo à luz do regime anterior à “Reforma de 2008”, afirmando que o “casamento é, hoje, uma união de duas pessoas independentes, com vista à sua realização pessoal, o que torna inaceitável qualquer espécie de imunidade interconjugal, relativamente às regras de responsabilidade civil. Por conseguinte, perante ilícitos matrimoniais, o cônjuge culpado deve responder pelos danos causados”⁸⁰.

Também para PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, o regime previsto no art. 1792.º não obstava à ressarcibilidade, quer dos danos provenientes da violação dos deveres conjugais, quer da violação dos direitos absolutos de que seja titular o cônjuge ofendido, *e.g.* a integridade física no caso de uma ofensa à mesma. A reparação destes danos teria, evidentemente, de ser apreciada em ação autónoma e não na ação de divórcio, ainda que sem recurso ao artigo 1792.º, mas sim aos termos gerais da responsabilidade civil, mais especificamente, nos termos do artigo 483º e ss. (regime da responsabilidade civil extracontratual)⁸¹.

⁷⁷ António Pires de LIMA e João Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume IV, 2ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, Lda, p. 568.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ O artigo 470º, n.º 1 do C.P.C. (ANTIGO) corresponde ao artigo 555º do C.P.C. (NOVO, introduzido pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho), cujo n.º 1 encontra-se revogado. Por sua vez, o artigo 274º, n.º 3 do C.P.C. (ANTIGO) corresponde integralmente ao artigo 266º, n.º 3 do C.P.C. (NOVO).

⁸⁰ Ângela CERDEIRA, “Reparação dos danos não patrimoniais causados pelo divórcio”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, Lda, 2004, p. 611.

⁸¹ Tal como se prevê no Ac. do STJ de 13 de Março de 1985, cit., p. 420.

Esta ideia era reforçada por ÂNGELA CERDEIRA⁸² que considerava que, de qualquer forma, os danos causados pela violação dos deveres conjugais deveriam ser ressarcidos nos termos gerais da responsabilidade civil, quando o dano fosse consequência de um facto que violasse simultaneamente um ou vários deveres conjugais e um direito de personalidade. Configuravam-se, igualmente, situações em que esta simultaneidade inexistia.

3.2. O regime introduzido pela “Reforma de 2008”

A Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro introduziu, não só mudanças nos processos de divórcio e de separação de pessoas e bens, mas também no regime dos respetivos efeitos.

Para o presente estudo importa aqui, expor, neste ponto, sucintamente, as alterações produzidas no art.º 1792.º pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro⁸³. Depois concentrar-nos-emos na solução contida no seu n.º 1, nos casos de violação de deveres conjugais (capítulo III) e, de seguida, na especificidade da sua aplicação na hipótese de violação do dever de fidelidade (capítulo IV)

Hoje os dois números da norma contêm duas soluções distintas.

O n.º 1 do artigo 1792.º passou a ter a seguinte redação: “O cônjuge lesado tem o direito a pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns”. A partir da leitura do preceito, facilmente se depreende, que este número tutela o cônjuge que sofreu danos provocados pelo outro cônjuge.

O n.º 2 do mesmo artigo - onde atualmente se pode ler: “O cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea b) do art.º 1781.º deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento; este pedido deve ser formulado na própria ação de divórcio” –, tutela o cônjuge cujas faculdades mentais se alteraram e, em virtude do divórcio, sofre danos não patrimoniais. Portanto, na atual redação, no âmbito da ação especial de divórcio sem consentimento do outro cônjuge, apenas é possível obter compensação por danos não patrimoniais decorrentes da dissolução do casamento no caso de se tratar de um cônjuge que

⁸² No seu artigo intitulado “Reparação dos danos não patrimoniais causados pelo divórcio”, cit., p. 606.

⁸³ Sobre esta reforma *vide* capítulo I.

padeça de alteração das faculdades mentais. Quanto aos demais danos, sofridos pelo cônjuge que se considere lesado, a sua reparação terá que ser pedida em ação declarativa comum⁸⁴.

Concentrando-nos, a partir daqui, na solução contida no n.º 1 do art.º 1792.º, atento o objeto do nosso trabalho, alguns pontos resultam claros da sua nova redação, sendo patentes a partir de uma mera leitura. Em termos literais, desaparece a referência específica aos danos não patrimoniais (hoje na letra da lei a referência é a “danos”) e autonomiza-se o pedido ressarcitório do pedido de divórcio, impondo-se desde logo que os pedidos sejam formulados em ações diversas e perante Tribunais diversos.

A partir daqui muitas são as dúvidas e as críticas suscitadas pelo novo n.º 1 do art.º 1792.º. Sobre umas e outras nos debruçaremos no próximo capítulo.

⁸⁴ Sobre esta divisão de ações ver Abílio NETO, *Código Civil Anotado*, 18ª Edição Revista e Atualizada, Lisboa, EDIFORUM Edições Jurídicas, Lda, Janeiro de 2013, p. 1472.

CAPÍTULO III

A RESPONSABILIDADE CIVIL E A VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS

1. DOS DIREITOS E DEVERES FAMILIARES

Antes de nos debruçarmos sobre as diversas questões que o funcionamento da responsabilidade civil por violação de deveres conjugais e, portanto, que o art.º 1792.º, n.º 1 coloca, é necessário tecer um enquadramento geral sobre os Direitos e os Deveres Familiares, como pedras basilares do tema em análise no presente estudo.

Por conseguinte, é necessário compreender que o contrato de casamento gera efeitos jurídicos quer pessoais, quer patrimoniais, para os cônjuges, aos quais correspondem direitos e deveres pessoais e patrimoniais. Contudo, é necessário ressaltar que a fronteira de uns e outros não é tão linear, pelo contrário, podem ter simultaneamente características patrimoniais e pessoais⁸⁵. Do ponto de vista jurídico, o casamento muda a vida dos indivíduos implicados, porém, também muda a interação destes com terceiros.

Para este estudo importa aqui abordar mais afincadamente os direitos familiares pessoais, passando posteriormente para a análise dos deveres conjugais. Trata-se, aliás, de duas faces da mesma moeda. Na verdade, aos direitos familiares pessoais correspondem, necessariamente, os deveres familiares pessoais, nomeadamente os deveres conjugais.

1.1. Características dos direitos familiares pessoais

Na caracterização dos direitos familiares pessoais, vamos considerar 4 vertentes.

Em primeiro lugar, importa considerar a (in)adequação do conceito de direito subjetivo nesta área. Na verdade, de acordo com PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, os direitos pessoais familiares não são direitos subjetivos propriamente ditos, mas sim verdadeiros poderes-deveres, ou poderes funcionais⁸⁶. O direito subjetivo, de um ponto de vista

⁸⁵ Como alertam as autoras Andreia CHORA, Rita PEREIRA e Sara GARCIA, *Os Deveres Pessoais dos Cônjuges*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mlr_ma_10312.pdf, p. 13.

⁸⁶ Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito a Família*, cit., p. 179.

estrutural, é considerado como o poder de “exigir de outrem um certo comportamento (direito subjetivo propriamente dito), ou então de produzir certas consequências jurídicas (direito potestativo)”⁸⁷. Ademais, o titular de um direito subjetivo pode escolher livremente o modo de exercício e pode até nem o exercer. Diversamente, os “direitos familiares pessoais são direitos a que não se ajusta a noção tradicional de direito subjetivo. Não são direitos que o seu titular possa exercer *como queira*.”⁸⁸ Bem pelo contrário, o titular é obrigado a exercê-los, pois são irrenunciáveis, intransmissíveis e o seu exercício é controlado pela lei.

Em segundo lugar, importa sublinhar outra característica dos direitos pessoais familiares, destacada pela doutrina tradicional que é a da fragilidade da sua garantia quando comparada com a dos direitos de crédito⁸⁹. Assim seria, uma vez que não existiria uma sanção para o não cumprimento dos deveres familiares, visto que não se poderia considerar nem o divórcio, nem a separação de pessoas e bens como sanção para este incumprimento.

Em Portugal, vigorou durante muito tempo a Teoria da Fragilidade da Garantia. Esta teoria consagrava os deveres conjugais enquanto deveres familiares pessoais, de cariz íntimo, com uma natureza própria, cujo cumprimento não podia ser exigido coercivamente. Na ausência de uma tutela específica de reparação, a doutrina majoritária⁹⁰ entendia que também não se poderia tutelar com o instituto geral da responsabilidade civil. Assim, o legislador reconhece “a natureza particular do casamento e a impossibilidade de tornar viável uma forma de garantia no cumprimento de deveres familiares de cariz pessoal”⁹¹. Como não era possível exigir o cumprimento coercivo dos deveres, também não era possível a indemnização pelo seu incumprimento. Como dificuldades à tutela de responsabilidade civil, invocava-se a ausência

⁸⁷ Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito a Família*, cit., p. 179.

⁸⁸ Op. Cit., p. 180.

⁸⁹ Esta ideia é exposta por Cristina DIAS, “Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: o novo regime do artigo 1792º do Código Civil (na redação dada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro) e a manutenção da irresponsabilidade ao nível dos efeitos patrimoniais do casamento”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Volume I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p. 389.

⁹⁰ Antunes VARELA, *Direito da Família*, 1º Volume, 5ª Edição Revista, atualizada e completada, Lisboa, Livraria Petrony, Lda, 1999, pp. 370 a 371 e Diogo Leite de CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª edição revista e atualizada, Coimbra, Edições Almedina, S.A., Fevereiro de 1997, pp. 141 e 142. Este último autor, na edição de Maio de 2016 reformulou a sua posição e excluiu a seção da Fragilidade da Garantia da sua obra.

⁹¹ Andreia CRUZ, “Deveres Conjugais – Índole jurídica à luz do novo regime jurídica do divórcio (Lei n.º 61/2008)”, *Revista Jurídica n.º 26*, Ano XXXV, Lisboa, AAFDL, Abril/Maio/Junho de 2013, p. 33.

de legitimidade do Estado em matérias de direitos familiares pessoais e, caso existisse esta tutela, ela seria vista como uma perturbação da vida familiar⁹².

Até à entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, vários foram os autores que se opuseram à teoria da fragilidade da garantia, desde logo HEINRICH HÖRSTER⁹³ e ÂNGELA CERDEIRA⁹⁴, pois entendiam que, apesar da natureza peculiar dos deveres conjugais, a estes correspondem necessariamente direitos subjetivos, cuja lesão provoca danos que devem ser ressarcidos através de indemnização. Após a “Reforma de 2008”, é possível concluir que esta doutrina perdeu completamente a sua vitalidade^{95/96}.

Em terceiro lugar, os direitos familiares pessoais manifestam outras características relevantes para o presente estudo. Por um lado, destaca-se o carácter duradouro. Ao contrário das relações obrigacionais que nascem para se extinguir, os direitos familiares, assim como as próprias relações familiares, constituem-se para perdurar.

Finalmente, importa sublinhar o carácter relativo dos direitos familiares. Para certos autores, estes são classificados como direitos relativos, como PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA. Contudo, estes autores consideram que, por vezes, os estados criados pelos direitos familiares pessoais, apesar de relativos, gozam de proteção absoluta, tal como é possível observar nos artigos 495º, n.º 3 e 496º, n.º 2 do Código Civil⁹⁷.

⁹² Tal como constata Andreia CRUZ, “Deveres Conjugais ...”, cit., p. 33, no que concerne às ausências de legitimidade do Estado e Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, Edições Almedina, S.A., 2004, p. 570 por referência a PEREIRA COELHO, *Curso de Direito da Família*, I, *Direito Matrimonial*, Coimbra, 1965, p. 21.

⁹³ Heinrich Ewald HÖRSTER, “A respeito da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre si (ou: A Doutrina da “Fragilidade da Garantia” será Válida?)”, *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo XLIV, n.º 253/255, Braga, Universidade do Minho, Janeiro – Junho de 1995, pp. 116 a 117, confirmada mais tarde pelo mesmo autor na obra “A Responsabilidade Civil entre os cônjuges”, *E Foram Felizes para Sempre...? Uma análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008, Coordenação de Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, Outubro de 2010, p. 109.

⁹⁴ Ângela CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, cit., p. 175.

⁹⁵ Encontram-se idênticas conclusões na jurisprudência portuguesa. Na verdade, no Ac. do STJ de 12 de Maio de 2016, conclui que, com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro, se reforçou a tese da possibilidade de indemnização do cônjuge lesado, por via do instituto geral da responsabilidade civil. Tese esta que se opunha à tese da fragilidade da garantia dos deveres conjugais.

⁹⁶ Vide Heinrich HÖRSTER, “A Responsabilidade Civil entre os cônjuges”, cit., pp. 108 a 110.

⁹⁷ Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito a Família*, cit., pp. 185 e 186.

HENRICH HÖRSTER⁹⁸, JORGE DUARTE PINHEIRO⁹⁹ e CRISTINA DIAS¹⁰⁰ adotam uma posição distinta, defendendo a qualificação dos direitos familiares pessoais como direitos absolutos em determinadas circunstâncias. Estes autores aceitam, de qualquer forma, a aplicação de uma outra solução que não o divórcio, para a violação dos deveres conjugais, nomeadamente a via ressarcitória.

1.2. Dos Deveres Conjugais

1.2.1. Natureza dos deveres conjugais

Os deveres conjugais enunciados no artigo 1672º têm natureza pessoal injuntiva e surgem a partir dos princípios consagrados no artigo 1671º: o princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e o princípio da direção conjunta da família. É nestes dois princípios que a plena comunhão de vida assenta e origina os deveres conjugais recíprocos de respeito, de fidelidade, de coabitação, de cooperação e de assistência.

Nas palavras de MAFALDA MIRANDA BARBOSA “traduzem, assim, um instrumento normativizado para – tanto quanto o Direito possa e deva imiscuir-se nas relações familiares –, por esta via, se alcançar a plena comunhão de vida de que fala o artigo 1577.º C.C.”¹⁰¹. Para CAPELO DE SOUSA visam não só a salvaguarda do interesse dos cônjuges, mas principalmente a defesa da própria sociedade conjugal¹⁰².

Intrinsecamente relacionada com a natureza jurídica dos deveres conjugais, temos, desde logo, a natureza jurídica do próprio casamento. Este é qualificado pela lei, no artigo 1577º, como um contrato cujo principal objetivo é a plena comunhão de vida. Contudo, esta

⁹⁸ No que concerne à qualificação dos direitos familiares pessoais em relação a terceiros, Heinrich HÖRSTER, “A respeito da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre si...”, cit., p. 116.

⁹⁹ Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito de Família Contemporâneo*, cit., p. 377. e *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, cit., p. 666 a 668.

¹⁰⁰ Tal como Heinrich HÖRSTER, Cristina DIAS estabelece que, em relação a terceiros, os direitos familiares pessoais são absolutos, conforme se comprova em “Breves notas sobre a responsabilidade civil ...”, cit., p. 395. Na relação entre cônjuges a Autora entende que os direitos familiares pessoais assumem características de direitos relativos.

¹⁰¹ Mafalda Miranda BARBOSA, “Família e Responsabilidade Civil: Uma Relação Possível? Brevíssimo Apontamento”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 10, n.º 20, Julho/Dezembro de 2013, Coimbra, Coimbra Editora, Lda, 2013, p. 77.

¹⁰² Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 580.

norma, segundo um certo entendimento¹⁰³, não vincula o intérprete, tem apenas uma função orientadora na interpretação deste instituto.

Ainda hoje, a doutrina se encontra dividida entre a definição do casamento enquanto um contrato¹⁰⁴, tal como consta na lei, e a sua definição como um mero acordo de vontades, constituído por duas declarações unilaterais recetícias, solenemente formalizadas, como defende PAMPLONA CORTE-REAL e JOSÉ SILVA PEREIRA¹⁰⁵ ou ainda, por outro lado, MENEZES CORDEIRO que reconduz o casamento a um ato jurídico em sentido estrito¹⁰⁶. Podemos concluir que “os deveres conjugais são um elemento hermenêutico útil para a compreensão do próprio instituto do casamento, preenchendo o seu conteúdo e atribuindo-lhe sentido”¹⁰⁷.

Para a concretização dos deveres conjugais concorrem não apenas os princípios gerais do Direito da Família, mas também a tutela constitucional referente aos direitos de personalidade, v.g. o próprio valor da dignidade da pessoa humana constitucionalmente garantido. ANDREIA CRUZ questiona “se e em que medida poderá o legislador civil impor deveres conjugais quando a estes se reconhece, unanimemente, um conteúdo eminentemente pessoal”¹⁰⁸.

Quanto aos deveres conjugais, importa compreender se estes são ou não verdadeiros deveres jurídicos. A própria natureza dos deveres conjugais é fortemente debatida pela doutrina, devido à ausência de caracterização legal e pela utilização de conceitos indeterminados na sua redação. Para PAMPLONA CORTE-REAL e JOSÉ SILVA PEREIRA¹⁰⁹, os deveres conjugais não seriam considerados enquanto verdadeiros deveres jurídicos, pelo que a sua imperatividade

¹⁰³ Conforme constata e José de Oliveira ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª Edição Refundida, Coimbra, Almedina, Novembro de 2006, p. 517, a propósito da definição de doação e Andreia CRUZ, “Deveres Conjugais...”, cit., p. 40.

¹⁰⁴ O “casamento tem um conteúdo invariável, dele nasce uma *instituição*, a família, mas nada disso lhe faz perder o cunho *contratual*, fundado no consentimento dos nubentes que, unindo-se por sua vontade dão nova expressão jurídica aos seus interesses pessoais” tal como expõe, Inocêncio Galvão TELLES, *Manual dos Contratos em geral*, 4ª Edição Refundida e Atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, Lda, 2002, p. 55.

¹⁰⁵ Carlos Pamplona CORTE-REAL e José Silva PEREIRA, *Direito da Família – Tópicos para um Reflexão Crítica*, Lisboa, Edição AAFDL, 14 de Setembro de 2008, p. 27.

¹⁰⁶ Menezes CORDEIRO, *Tratado do direito civil português: Direito das Obrigações*, Volume I, Tomo I, 3ª Edição (aumentada e inteiramente revista), Coimbra, Edições Almedina, S.A., Março de 2005, p. 479.

¹⁰⁷ Andreia CHORA, Rita PEREIRA e Sara GARCIA, *Os Deveres Pessoais dos Cônjuges*, cit., p. 15.

¹⁰⁸ Andreia CRUZ, “Deveres Conjugais...”, cit., p. 41.

¹⁰⁹ Carlos CORTE-REAL e José PEREIRA, *Direito da Família – Tópicos para um Reflexão Crítica*, cit., pp. 81 e 82.

reconduz ao projeto de plena comunhão de vida. Por seu turno, MENEZES CORDEIRO considera os deveres conjugais enquanto verdadeiras obrigações legais¹¹⁰.

Na vizinha Espanha, questiona-se se serão “simples deberes ético-morales cuyo cumplimiento se encuentra sometido a la conciencia de los cónyuges, siendo incoercibles en su esencia”¹¹¹ ou se são verdadeiros deveres jurídicos. Tem-se entendido que se tratam de deveres jurídicos que vinculam ambos os cônjuges, com um caráter fortemente íntimo e, como tal, o seu cumprimento não pode ser exigido coercivamente, nomeadamente, não há aqui lugar à execução específica ou à aplicação de sanção compulsória, e.g. no dever de fidelidade, respeito e coabitação, devido à infungibilidade característica dos comportamentos devidos¹¹².

Seguindo, ainda, o entendimento de PAMELA ALONZO, os deveres conjugais constituem verdadeiras obrigações jurídicas que os cônjuges devem respeitar, visto que se tratam de normas legais positivas, cujo incumprimento pode determinar consequências jurídicas¹¹³.

De seguida, cabe-nos enunciar sucintamente os deveres conjugais elencados no art.º 1672.º, para, depois, nos concentrarmos na análise, em detalhe, do dever de fidelidade e da resposta oferecida pelo nosso ordenamento para a violação dos deveres conjugais: a responsabilidade civil.

1.2.2. Breve referência ao elenco legal de deveres conjugais previsto no art.º 1672.º do C.C.

Como referido anteriormente, os deveres conjugais encontram-se enunciados no art.º 1672.º e os cônjuges encontram-se reciprocamente vinculados pelos mesmos. Decorrem do princípio da igualdade dos cônjuges, pelo que não há, hoje, deveres próprios do marido ou da esposa.

¹¹⁰ Menezes CORDEIRO, *Tratado do direito civil português: Direito das Obrigações*, cit., pp. 434 e 435.

¹¹¹ Pamela ALONZO, “Daños morales por infidelidad matrimonial. Un acercamiento al derecho español”, cit., p. 44.

¹¹² Neste sentido, se pronuncia Cristina DIAS, “Responsabilidade e indemnização por perda do direito ao débito conjugal – considerações em torno do art. 496º do Código Civil”, *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXI, n.º 329, Universidade do Minho, Maio/Agosto de 2012, p. 399, nota 16 e “Breves notas sobre a responsabilidade civil ...”, cit., p. 396, nota 17.

¹¹³ O entendimento defendido pela referida autora encontra-se na sua obra “Daños morales por infidelidad matrimonial. Un acercamiento al derecho español”, cit., p. 46.

Cinco são os deveres previsto no preceito referido: dever de respeito, dever de fidelidade, dever de coabitação, dever de cooperação e dever de assistência.

Antes de partirmos para a análise sucinta de cada um destes deveres, importa aqui salientar algumas questões associadas ao elenco do art.º 1672.º, nomeadamente a de saber se o elenco deste artigo é taxativo ou se é possível a partir destes deveres extrair outros, implícitos.

Sobre o carácter taxativo, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA¹¹⁴ entendem a enumeração do 1672º como taxativa, na medida em que não se encontram outros deveres que não se reconduzam aos deveres expressamente elencados neste artigo. Por outro lado, ANDREIA CHORA, RITA PEREIRA e SARA GARCIA¹¹⁵ entendem que, de acordo com o espírito do sistema e a partir dos deveres conjugais elencados neste artigo é possível extrair deveres conjugais implícitos, ou seja, corolários dos deveres elencados.

Associada a esta questão surge a problemática do conteúdo de cada dever, nomeadamente, deve ou não ser moldado consoante a convivência conjugal e se, portanto, existe ou não a possibilidade de estabelecer acordos que orientem a vivência conjugal durante a constância do casamento. Para PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA¹¹⁶, os deveres conjugais são, igualmente, imperativos, pelo que os cônjuges não podem celebrar acordos que os derroguem. É a repercussão externa do casamento que serve de fundamento à injuntividade dos deveres conjugais na medida em que não podem ser afastados pelas partes, por força dos artigos 1618.º, n.º 2 e 1699.º, n.º 1, al. b). De qualquer modo, na prática, apesar de se tratarem de deveres injuntivos e recíprocos, são constantemente modelados por cada casal e pelo projeto de vida em comum¹¹⁷.

Atendendo ao objeto do nosso trabalho, vamos fazer uma breve referência aos outros deveres, autonomizando na próxima secção, a reflexão sobre o dever de fidelidade.

¹¹⁴ Neste sentido, vide Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, cit., p. 40

¹¹⁵ Andreia CHORA, Rita PEREIRA e Sara GARCIA, *Os Deveres Pessoais dos Cônjuges*, cit., p. 15.

¹¹⁶ Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito a Família*, cit., p. 409 e Andreia CRUZ, “Deveres Conjugais...”, cit., p. 39.

¹¹⁷ Esta ideia é defendida por, Rita Lobo XAVIER, “Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Edições Almedina, S.A., Dezembro de 2012, p. 509.

O dever de respeito foi introduzido no C.C. pela “Reforma de 77” e trata-se, nas palavras de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, de um “dever *residual*”¹¹⁸, ou seja, só os comportamentos que não constituam violações dos demais deveres conjugais mencionados no artigo é que são consideradas violações do dever de respeito.

O dever de respeito tem uma componente positiva e outra negativa. Enquanto dever negativo, este obriga os cônjuges a não ofenderem a integridade moral e física do outro e a absterem-se de comportamentos desonrosos e desrespeitadores do outro cônjuge. Na vertente positiva, este dever impõe que os cônjuges demonstrem interesse na vida em comum e na família.^{119/120}

Nas palavras de JORGE DUARTE PINHEIRO “o dever surge como um reflexo da tutela geral da personalidade física e moral, assegurada pelo art.º 70, n.º 1, no domínio dos efeitos matrimoniais”¹²¹.

A título exemplificativo, podemos apontar como situações que violam o dever de respeito: a injúria e a humilhação pública; o consumo excessivo de álcool e de substâncias psicotrópicas e a introdução de filho concebido fora do casamento no lar, sem o consentimento do cônjuge.

Por sua vez, o dever de coabitação comporta três dimensões: comunhão de mesa, comunhão de habitação e comunhão de leito (“*tori, mensae et habitationis*”¹²²). Como facilmente se depreende destas dimensões, o dever de coabitar não se trata apenas de habitar no mesmo espaço ou viver em economia comum. Destacaremos, aqui, em virtude do objeto do nosso trabalho, a componente sexual da coabitação. Na verdade, a comunhão de leito obriga os cônjuges ao denominado “débito conjugal” que, por sua vez, consiste, em primeiro lugar, na consumação do casamento e, em segundo lugar, na manutenção de relações sexuais entre os cônjuges, com a exclusão de terceiros. Esta proibição de praticar relações sexuais com terceiros resulta, em primeira linha, do dever de fidelidade, que será posteriormente analisado, mas

¹¹⁸ Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito a Família*, cit., p. 409.

¹¹⁹ Op. cit., p. 410 e 411.

¹²⁰ O dever de respeito tem uma tripla dimensão: em primeiro lugar, respeito pelas liberdades individuais e direitos de personalidade do outro cônjuge; em segundo lugar, respeito pela integridade física e moral do outro cônjuge e, em terceiro lugar, respeito pela dignidade e bom nome do casal.

¹²¹ Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito de Família Contemporâneo*, cit., p. 377.

¹²² Pereira COELHO e Guilherme OLIVEIRA, *Curso de Direito a Família*, p. 413.

encontra também aqui uma conexão com o “débito conjugal”, na medida em que o casamento constitui uma “limitação lícita do direito à liberdade sexual, no duplo sentido de que a pessoa fica obrigada a ter relações sexuais com o seu cônjuge e a não ter relações com terceiros”¹²³. Ainda assim, os “cônjuges gozam de alguma liberdade sexual: pelo menos, podem decidir quando e como terão relações sexuais um com o outro”¹²⁴. Só se entende que a comunhão de leito é violada, quando existe uma recusa sistemática, injustificada e prolongada^{125/126}.

Por outro lado, o legislador prevê deveres de solidariedade, numa vertente patrimonial e não patrimonial. Neste último caso, rege, nos termos do art.º 1674.º, o dever de cooperação que constitui um dever de colaboração e solidariedade, entre os cônjuges, na realização das tarefas, das responsabilidades comuns e das obrigações inerentes à vida familiar. Este socorro e auxílio mútuo¹²⁷ não são, necessariamente, traduzidos em valor económico. Apesar de estes dois termos serem sinónimos, como explica JORGE DUARTE PINHEIRO, enquanto que *socorro*, “põe a tónica numa ajuda que procura superar situações anormais e graves, de crise ou emergência do outro cônjuge”, já *auxílio* sugere “uma colaboração destinada a fazer face aos problemas do quotidiano”¹²⁸.

Na vertente patrimonial destaca-se o dever de assistência, previsto no art.º 1675.º e que compreende a obrigação de prestação de alimentos e a obrigação de contribuição para os encargos da vida familiar. A primeira apenas ganha autonomia quando os cônjuges estão separados de pessoas e bens ou divorciados e determina que, em determinadas circunstâncias, previstas no art.º 2016.º, a lei obriga cada um dos cônjuges a prestar alimentos ao outro. A segunda obrigação encontra-se concretizada no art.º 1676.º e manifesta-se através da “afetação dos seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e

¹²³ Pereira COELHO e Guilherme OLIVEIRA, *Curso de Direito a Família*, p. 413.

¹²⁴ Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito de Família Contemporâneo*, cit., p. 382.

¹²⁵ Cfr. com Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, cit., p. 304.

¹²⁶ Relativamente às restantes dimensões do dever de coabitação: a comunhão de mesa traduz-se na vivência em economia comum, nomeadamente, na partilha de recursos e de despesas entre os cônjuges e a comunhão de habitação caracteriza-se pela escolha, em comum acordo, do local onde os cônjuges pretendem viver, ou seja, a escolha da residência de família. Salvo algumas situações excecionais, e.g. em virtude da vida profissional, os cônjuges têm a obrigação de viver na residência de família, nos termos do artigo 1673.º.

¹²⁷ Como a autora Ângela CERDEIRA menciona na obra *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, cit., p. 91.

¹²⁸ F. B. FERREIRA PINTO, *Causas do divórcio*, 3ª edição, Porto, ELCLA, 1996, p. 80 e Eduardo dos SANTOS, *Do Divórcio. Suas causas, processo e efeitos*, Lisboa, AAFDL, 2003, p. 140-141 *apud* Jorge PINHEIRO, *O Direito de Família Contemporâneo*, cit., p. 383.

educação dos filhos”¹²⁹. Serão encargos da vida familiar, por exemplo, as despesas de alimentação, saúde, educação e habitação, quer em relação aos cônjuges, quer em relação aos seus filhos¹³⁰.

1.3. Dever de fidelidade

Numa primeira aproximação podemos afirmar que o dever de fidelidade, “puro dever *negativo*”¹³¹, estabelece uma dupla vertente de abstenção: por um lado, os cônjuges têm o dever de não praticar relações sexuais com terceiros (fidelidade física) e, por outro lado, os cônjuges devem abster-se de manter ligações sentimentais e amorosas com pessoa que não seja o cônjuge (fidelidade moral)¹³².

Esta definição não é de todo consensual na nossa doutrina como veremos de seguida. Começemos por uma breve referência a dados da doutrina estrangeira.

No direito alemão, a título exemplificativo, a palavra infidelidade *-treue-* é considerada um sinónimo de “abstenção de relações sexuais extramatrimoniais” e a exclusividade sexual era qualificada como um ““elemento irrenunciável do princípio da monogamia”, como manifestação do “núcleo”, do “núcleo indisponível” ou do “núcleo invariável” da comunhão conjugal de vida”¹³³. Esta configuração do dever de fidelidade conduziu a uma querela doutrinária entre o dever jurídico e a tutela dos direitos de personalidade. No geral, “considera-se conciliável a sujeição ao dever de fidelidade e a tutela da personalidade do obrigado”¹³⁴. Contudo, autores como Pawlowski e Lange-Klein¹³⁵, negam a configuração do dever de fidelidade como um dever jurídico por violar os direitos de personalidade do cônjuge. Entendem estes autores que o desenvolvimento individual de cada cônjuge é prioritário em relação à comunhão de vida¹³⁶.

¹²⁹ Ver art.º 1676º, n.º 1.

¹³⁰ A contribuição para os encargos da vida familiar pelos cônjuges será realizada na medida das possibilidades de cada um e, não terá de ser, necessariamente, uma prestação pecuniária, *e.g.* trabalho doméstico.

¹³¹ Pereira COELHO e Guilherme OLIVEIRA, *Curso de Direito a Família*, cit., p. 411.

¹³² Conforme explana Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito de Família Contemporâneo*, cit., p. 379.

¹³³ Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, cit., pp. 166 e 167.

¹³⁴ *Op. cit.*, p. 168.

¹³⁵ *Apud* Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, cit., p. 168.

¹³⁶ *Apud* Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, cit., p. 168.

Em Espanha, a inclusão da fidelidade moral no conceito de dever de fidelidade também não passou despercebida e autores como Sancho Vilarreal¹³⁷ e Marín García de Leonardo¹³⁸ defendem que o dever de fidelidade não se encontra adstrito exclusivamente à componente sexual “*sino que a toda la amplitud de su concepción moral*”. O primeiro autor dá como exemplo da violação desta dimensão moral da fidelidade a interrupção da utilização de meios contracetivos sem avisar o cônjuge e o recurso à interrupção da gravidez sem o consentimento do outro cônjuge. A segunda autora destaca que o dever de fidelidade, hoje em dia, trata-se de um “*no traicionar en un sentido amplio no solo sexual, ni solo afectivo*”. Não obstante, PAMELA ALONZO, adere à teoria tradicional que circunscreve o dever de fidelidade a dois aspetos: “*uno positivo, relativo a la consumación del matrimonio – recíproca disponibilidad a mantener relaciones sexuales entre cónyuges, y por ende prohibición de tenerlas con terceros*”¹³⁹.

Em Itália, o autor Jemolo, liderou o processo de definição do dever de fidelidade em sentido amplo, considerando não só a fidelidade física, mas também a moral. Este autor considerava a fidelidade “não é somente sexual, mas também a fidelidade no sentido mais elevado, que consiste em reservar ao cônjuge aquele lugar que se costuma designar de *companheiro para a vida*”¹⁴⁰.

Concentremo-nos, agora, no direito português.

A noção ampla que demos no início desta subsecção é discutida na doutrina portuguesa. Autores como PAIS DE AMARAL¹⁴¹ e JORGE DUARTE PINHEIRO¹⁴², apenas abrangem no

¹³⁷ Luís Sancho VILARREAL, “El deber de fidelidad conyugal como obligación jurídica y consecuencias de su infracción, Comentario a la STS de 30 de julio de 1999”, *Revista de derecho de familia*, Abril de 2001, p. 82 *apud* Pamela ALONZO, “Daños morales por infidelidade matrimonial. Un acercamiento al derecho español”, cit., p. 46.

¹³⁸ Teresa Marín García de LEONARDO, *Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales*, De Verda y Beamonte, Danos en el derecho de familia, Aranzadi, 2006, p. 151 *apud* Pamela ALONZO, “Daños morales por infidelidade matrimonial. Un acercamiento al derecho español”, cit., p. 47.

¹³⁹ Pamela ALONZO, “Daños morales por infidelidade matrimonial. Un acercamiento al derecho español”, cit., p. 47.

¹⁴⁰ A. C. JEMOLO, *Il matrimonio*, reimpressão da 3ª edição, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1961, pp. 418-419 *apud* Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, cit., p. 184.

¹⁴¹ Jorge Augusto PAIS DE AMARAL, *Do casamento ao divórcio*, Lisboa, Edições Cosmos, 1997, p. 78-81 e “*Divórcio litigioso*”, *Que divórcio?*, Maria Saldanha Pinto Ribeiro e outros, 2ª edição, Lisboa, Edições 70, 1992, pp. 105-107 *apud* Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, cit., p. 164.

¹⁴² Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito de Família Contemporâneo*, cit., p. 380.

dever de fidelidade o compromisso de manter relações sexuais apenas com o seu cônjuge, ou seja, de se abster da prática de atos sexuais com terceiro (fidelidade física). A fidelidade moral é aqui excluída, pois estes autores entendem que se reconduz ao dever de respeito. Esta posição doutrinária identifica totalmente a fidelidade, enquanto abstenção da prática de relações sexuais com terceiros (vertente negativa do dever) com a exclusividade sexual e com o “débito conjugal” (vertente positiva do dever), reduzindo a violação do dever de fidelidade às situações de adultério¹⁴³. JORGE DUARTE PINHEIRO, neste sentido, entende que a “reunião dos dois referidos deveres numa só posição jurídica das várias que emergem do casamento redundam, como se percebe, numa figura desprovida de unidade interna”¹⁴⁴.

Para a autora CRISTINA DIAS, tanto o dever de coabitação como o dever de fidelidade levantam alguns problemas no que toca ao binómio liberdade/privacidade, uma vez que, apesar do casamento não limitar os direitos de personalidade dos cônjuges, limita, neste aspeto a liberdade sexual de ambos. Contudo, tem-se entendido que esta limitação é legítima, uma vez que “tais restrições têm na sua base um acto em que a vontade das partes está suficientemente acautelada”¹⁴⁵.

Esta Autora entende que o dever de fidelidade se caracteriza por uma “abstenção, num dever negativo, não tendo qualquer conteúdo positivo”¹⁴⁶, pelo que o débito conjugal deverá enquadrar-se no dever de coabitação e não no dever de fidelidade. Assim, este dever consubstancia-se numa proibição de qualquer um dos cônjuges manter relações sexuais, ou manter relações sentimentais com terceiro.

Na verdade, entre nós, a infidelidade moral surgiu associada ao dever de respeito, mas rapidamente surgiram vozes dissonantes, como Eduardo dos Santos¹⁴⁷, que apesar de compreender o porquê de se inserir no dever de respeito, o legislador quis que tudo o que

¹⁴³ Por adultério entende-se a prática de relações sexuais consumadas, nomeadamente a cópula, o coito anal e oral, de acordo com as palavras de Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito a Família*, cit., p. 411.

¹⁴⁴ Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, cit., p. 172.

¹⁴⁵ Cristina DIAS, “Responsabilidade e indemnização por perda do direito ao débito conjugal – considerações em torno do art. 496º do Código Civil”, cit., p. 407, nota de rodapé 34.

¹⁴⁶ Op. cit., p. 406.

¹⁴⁷ Eduardo dos SANTOS, *Do divórcio. Suas causas*, Porto, ELCLA, 1994, p. 128 *apud* Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, cit., p. 183.

disse respeito à “fusão física e anímica de marido e mulher” caísse no âmbito do dever de fidelidade. Outros autores¹⁴⁸ há que, ainda antes da “Reforma de 77”, defendiam a construção da infidelidade moral como uma das infrações à obrigação de guardar fidelidade conjugal.

Neste estudo, cumpre-nos adotar a definição global de dever de fidelidade, que abarque não só o elemento físico, mas também o moral, deixando bem explícito que o “débito conjugal” não se encontra incluído no âmbito de dever de fidelidade, mas sim no dever de coabitação, tal como mencionado aquando da explanação do mesmo. Adotamos, portanto, a definição com que abrimos esta subsecção.

Tendo como referência a vertente física da infidelidade, este caracteriza-se, não só pelo elemento objetivo, isto é, pela prática de relações sexuais consumadas (adultério), mas também pelo elemento subjetivo, ou seja, “a intenção, ou, pelo menos, a consciência de violar o dever de fidelidade”¹⁴⁹.

Pode, ainda, considerar-se uma definição mais ampla do dever de fidelidade, enquanto uma obrigação de lealdade, sinceridade e honestidade¹⁵⁰. Neste caso, será sempre discutível se estas obrigações cabem no dever de fidelidade, ou se se encontram já incluídas noutros deveres, como o dever de respeito ou de cooperação¹⁵¹.

Cumpre-nos aqui referir que a proibição dos cônjuges de manter relações sexuais com terceiro, ou seja, a fidelidade física, não se destina apenas a evitar a conceção extramatrimonial, isto é, a fazer coincidir a paternidade biológica com a presunção prevista no art.º 1826.º, n.º 1¹⁵². “A obrigação de exclusividade sexual decorre da imagem legal do casamento como

¹⁴⁸ M. GOMES DA SILVA, *Curso de Direito da Família*, apontamentos das lições proferidas ao curso jurídico de 1953-1954, coligados por Fernando Collaço e Ramiro Vidigal, dact., AAFDL, 1955, p. 306 e Amélia da SILVA, *Efeitos pessoais do casamento*, dact., dissertação para o Curso Complementar de Ciências Histórico-Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1961, pp. 9-11 *apud* Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, cit., p. 183.

¹⁴⁹ Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito a Família*, cit., p. 411.

¹⁵⁰ Cfr. Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, cit., p. 189, Antunes VARELA, *Direito da Família*, 1º Volume, cit., p. 342 e Teresa Marín García de LEONARDO, *Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales*, De Verda y Beamonte, *Danos en el derecho de familia*, Aranzadi, 2006, p. 151 *apud* Pamela ALONZO, “Daños morales por infidelidade matrimonial. Un acercamiento al derecho español”, cit., p. 47.

¹⁵¹ Esta discussão, por uma questão de economia, não será abordada no presente estudo.

¹⁵² Denominada presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*, que estabelece que a paternidade se presume em relação ao marido da mãe.

comunhão tendencialmente plena de vida (cf. art. 1577º) e monogâmica (cf. 1601º, al. c))”¹⁵³. É, pois, incorreto utilizar o argumento da coincidência entre a filiação presumida e a verdade biológica, uma vez que se trata de um dever recíproco e não apenas aplicado à mulher.

A propósito desta presunção, JORGE DUARTE PINHEIRO e GUILHERME DE OLIVEIRA entendem que não pode ser considerada como um corolário da obrigação dos deveres de coabitação e de fidelidade, mas sim como uma mera presunção *iuris tantum*, “assente no elevado grau de probabilidade de o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio ter como pai o marido da mãe”¹⁵⁴.

Em Portugal, em relação à evolução histórica do adultério no nosso ordenamento, JORGE DUARTE PINHEIRO¹⁵⁵ esclarece que na versão originária do Código Civil o adultério era considerado uma das causas nominadas de divórcio e de separação litigiosa de pessoas e bens e, à luz da Lei do Divórcio de 1910, era um facto punível como crime. Com a “Reforma de 77” o elenco de causas de divórcio alterou-se e, mais tarde, em 1982, com a alteração do Código Penal, procedeu-se à descriminalização do adultério.

Referindo aqui, muito brevemente a jurisprudência portuguesa, quanto ao conceito e à natureza do dever de fidelidade, temos, a título exemplificativo o Ac. do TRP de 11 de Março de 2008¹⁵⁶. O Autor, após condenação em 1ª instância, interpôs recurso de apelação, alegando, entre outros, que “o dever de fidelidade recíproca tem por objecto a dedicação exclusiva e sincera, como consorte, de cada um dos cônjuges ao outro”¹⁵⁷. Assim, o TRP, citando Antunes Varela, entende que o dever de fidelidade caracteriza-se pela “proibição de qualquer dos cônjuges ter relações com terceiro, bem como flirts ou namoro com outra pessoa, ligação sentimental com outrem, sendo neste caso a infidelidade moral”¹⁵⁸. O Autor, entendeu que

¹⁵³ Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito de Família Contemporâneo*, cit., p. 380.

¹⁵⁴ Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, cit., p. 197 e Guilherme de OLIVEIRA, *Impugnação da Paternidade*, Dissertação concluída em 1976 no curso de Pós-graduação em Ciências Jurídicas, Coimbra, Livraria Petrony, 1979, pp. 11 e ss.

¹⁵⁵ Jorge Duarte PINHEIRO, “A tutela da exclusividade sexual entre os cônjuges na casa de morada de família”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, Lda, 2004, p. 266.

¹⁵⁶ Ac. do TRP de 11 de Março de 2008, Relator Anabela Dias da Silva, processo n.º 0725976, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/0f952b480c1e92ff8025741d002d75cb?OpenDocument&Highlight=0,dever,de,fidelidade,dissolu%C3%A7%C3%A3o,casamento>.

¹⁵⁷ Op. cit., p. 3.

¹⁵⁸ Ac. do TRP de 11 de Março de 2008, cit, p. 3.

nenhum destes pressupostos resultavam provados dos autos. O único facto dado como provado foi o autor ter recebido na sua casa uma pessoa do sexo feminino vestindo apenas os boxers. Da mesma forma, o Autor esclarece que foi buscar os filhos na companhia de uma mulher, mas que isto apenas demonstra que estava acompanhado e nada mais.

O TRP em relação aos deveres conjugais entende que os factos relacionados com a apresentação da namorada e da presença desta na casa de morada de família violam gravemente o dever de respeito na aceção dada pelo Professor Pereira Coelho: “o dever conjugal de respeito consiste na obrigação de cada um dos cônjuges não lesar a integridade física ou moral do outro e de cada um respeitar os direitos individuais do outro, os direitos conjugais que a lei lhe atribui e os seus interesses legítimos”¹⁵⁹ e viola igualmente o dever de fidelidade, que por sua vez se consubstancia na “proibição dos cônjuges manterem relacionamento amoroso e íntimo, incluindo relações de sexo com terceira pessoa”¹⁶⁰.

Também, como exemplo da natureza do dever de fidelidade, podemos aqui referir o Ac. do TRL de 17 de Junho de 2014¹⁶¹. O TRL, recorrendo às palavras de Antunes Varela sobre o conceito do dever de fidelidade, afirma: “o dever de fidelidade recíproca corresponde ao compromisso da dedicação exclusiva dos cônjuges entre si e envolve a proibição de qualquer deles em manter relações sexuais com terceiras pessoas”¹⁶². O mesmo autor enuncia o adultério como sendo a forma extrema de quebra do dever de fidelidade, mas existem outras formas de traição que podem designar-se por infidelidade moral, como as “relações sexuais sem cópula, inseminação artificial com esperma de outro homem, flirt ou namoro com outra pessoa, ligação sentimental com outrem”¹⁶³. Assim, cumpre ao TRL apreciar se o facto de a Autora ser vista publicamente há vários anos na companhia de terceiro, de passar alguns fins-de-semana com os filhos do casal na companhia do terceiro e do filho deste, inclusive em período de férias corresponderá à violação de qualquer dever conjugal.

¹⁵⁹ Ac. do TRP de 11 de Março de 2008, cit., p. 10.

¹⁶⁰ Op. cit., p. 1.

¹⁶¹ Ac. do TRL de 17 de Junho de 2014, Relator Maria da Conceição Saavedra, processo n.º 1273/08.6TMLS.L1-7, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4ee0281cc94965bb80257d55002b0a15?OpenDocument&Highlight=0,dever,de,fidelidade,dissolu%C3%A7%C3%A3o,casamento>.

¹⁶² Op. cit., p. 19.

¹⁶³ *Idem*.

O TRL, perante esta factualidade, conclui que, à luz dos critérios da sociedade atual, configura uma violação do dever de fidelidade na dita, infidelidade moral. E se a conduta reiterada da Autora não preencher a violação deste dever, sempre deverá atender-se que representa, pelo menos, a violação do dever de respeito pelo outro cônjuge.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS

2.1. Modalidade de Responsabilidade Civil

2.1.1. Posições Doutrinárias e tomada de posição

Chegados a este ponto e após um enquadramento da relação do Direito da Família com a responsabilidade civil e da análise dos direitos e deveres familiares, é necessário regressar à questão colocada anteriormente sobre qual o regime de responsabilidade aplicável à violação dos deveres conjugais, questão que nos levou ao périplo que fizemos atrás sobre a responsabilidade civil. Deixamos bem claro, que a solução para a violação dos deveres conjugais passa pelo recurso ao instituto da responsabilidade civil e entendemos que o art.º 1792.º permite a inclusão da violação dos deveres conjugais no seu regime. Assim, dada a referência genérica do artigo 1792.º, n.º 1 ao instituto da responsabilidade civil, aplicar-se-ão as regras da responsabilidade civil extracontratual ou da responsabilidade civil contratual?¹⁶⁴

Importa esclarecer, antes de mais, que perante estas situações de violação dos deveres conjugais, *e.g.* a violação do dever de fidelidade por um dos cônjuges, onde se preencham os pressupostos para a aplicação do regime da responsabilidade civil¹⁶⁵, a doutrina portuguesa procura enquadrar as mesmas no regime de responsabilidade que consideram mais adequado. Este enquadramento não tem sido pacífico, bem pelo contrário, descreve-se enquanto

¹⁶⁴ Tal como questiona Eva Dias COSTA, “A eliminação do divórcio litigioso por violação culposa dos deveres conjugais”, *E Foram Felizes para Sempre...? Uma análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008, Coordenação de Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, Outubro de 2010, p. 79.

¹⁶⁵ Importa realçar que apenas as situações que preencham os requisitos são aqui importantes para o objeto em estudo. Por exemplo, Guilherme de OLIVEIRA, “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 13, Coimbra, Coimbra Editora, Janeiro/Junho de 2010, p. 21, exemplifica uma situação em que, à primeira vista, não configura uma situação que seja suscetível de gerar responsabilidade civil e consequente obrigação de indemnizar, mas que poderá, em determinadas circunstâncias ser fundamento de indemnização: “um adultério não tem de ser fundamento para uma indemnização; mas sê-lo-á, provavelmente, se for acompanhado de publicidade ou de qualquer forma de crueldade moral”.

problemático e gerador de querelas, dado que a aplicação de um ou de outro regime de responsabilidade civil dependerá da qualificação doutrinal dos direitos e dos deveres familiares.

Por conseguinte, a doutrina tem respondido a esta questão de forma muito variada, dependendo, sempre, da conceção que os autores têm sobre os direitos familiares pessoais e do seu reverso, os deveres conjugais. Em regra, se os autores consideram os direitos familiares pessoais como direitos absolutos aplicam, para a sua violação, o regime da responsabilidade civil aquiliana, constante nos artigos 483º e ss. do C.C.¹⁶⁶.

Existem ainda algumas exceções a esta tendência. Refira-se, nomeadamente, CRISTINA DIAS que entende que os direitos familiares pessoais são direitos relativos, no que concerne à relação entre os cônjuges e, em relação a terceiros, são direitos absolutos. Assim, no primeiro caso e inserindo-se aqui a violação dos deveres conjugais, entende que se aplica a responsabilidade contratual, pois, tal como referido tratam-se de direitos relativos e, além do mais, fundamenta-se na conceção do casamento enquanto um contrato com obrigações, particularmente as constantes no artigo 1672º¹⁶⁷. Perante os terceiros, esta autora subsume a violação dos direitos familiares pessoais ao regime da responsabilidade civil aquiliana¹⁶⁸. Também ÂNGELA CERDEIRA considera o ilícito matrimonial como um ilícito contratual¹⁶⁹, não obstante, considera que não é possível aplicar todas as regras do direito dos contratos, dada a natureza especial do casamento.

Retomamos aqui, também, a conceção de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA que preveem os direitos familiares pessoais como direitos relativos que, por vezes, “gozam de proteção absoluta, como se mostra, designadamente, nos arts. 495.º, n.º 3 e 496.º, n.º 2, CCiv”¹⁷⁰. Portanto, defendem que a responsabilidade civil a que o n.º 1 do art.º 1792.º alude é a responsabilidade por violação de direitos absolutos, excluindo aqui a violação dos deveres conjugais, independentemente da condição do cônjuge lesado ou lesante. Assim sendo,

¹⁶⁶ Como é exemplo Antunes VARELA, *Direito da Família*, 1º Volume, cit., p. 106, Rabindranath Capelo de SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, cit., p.455, João de Castro MENDES, *Direito da Família*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990/1991, pp. 24 a 26 e Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal...*, cit., pp. 412 a 434 e 666 a 668.

¹⁶⁷ Este entendimento é defendido por Cristina DIAS, “Breves notas sobre a responsabilidade civil...”, cit., p. 392, nota 8.

¹⁶⁸ Op. Cit., p. 395.

¹⁶⁹ Tal como se comprova na sua obra *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, cit., p. 70.

¹⁷⁰ Pereira COELHO e Guilherme OLIVEIRA, *Curso de Direito a Família*, cit., pp. 185 e 186.

aplicar-se-ão as regras da responsabilidade extracontratual. Ao contrário de CRISTINA DIAS, para estes autores, a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, vem esclarecer, no art.º 1792.º, que há lugar para o recurso às regras gerais da responsabilidade civil e entendem que “ao eliminar o divórcio por violação dos deveres conjugais e toda a relevância, deixou os deveres conjugais sem garantia”¹⁷¹. Posição esta que aqui discordamos e integramos na *ratio legis* do art.º 1792.º a reparação dos danos provocados pela violação dos deveres conjugais. A eliminação do divórcio com fundamento na violação dos deveres conjugais¹⁷² não os deixou “sem garantia”, estes deveres continuam a ser qualificados como verdadeiras obrigações jurídicas, passíveis de tutela em caso de incumprimento.

Por seu lado, DIOGO LEITE CAMPOS e MÓNICA MARTINEZ CAMPOS¹⁷³ consagram os direitos familiares pessoais como direitos relativos, mas não projetam os seus efeitos em relação a terceiros, nomeadamente em relação ao terceiro no caso de relações adulterinas. De acordo com estes autores, nesta situação, o terceiro não será responsabilizado perante o cônjuge lesado. Em relação à obrigação de indemnizar¹⁷⁴, DIOGO LEITE CAMPOS entendia, em 1997, que “a violação dos deveres conjugais, enquanto tal, não é suscetível de indemnização”¹⁷⁵, nem nos termos da responsabilidade civil aquiliana, nem da responsabilidade civil obrigacional. Atualmente, este autor e MÓNICA MARTINEZ CAMPOS têm um entendimento diverso e defendem que a indemnizabilidade dos danos entre cônjuges não pode ser posta em causa¹⁷⁶.

Após esta análise da doutrina portuguesa, depreende-se que, decorrendo os ilícitos conjugais da violação de deveres emergentes do casamento, entendido este como um contrato, parece de concordar com a tese que aplica o regime da responsabilidade contratual, com as adaptações necessárias e decorrentes da própria natureza particular do casamento, ao incumprimento dos deveres conjugais. Cumpre-nos recordar que os deveres conjugais são, em primeiro lugar, obrigações resultantes do contrato de casamento e, como tal, a reparação da sua

¹⁷¹ Pereira COELHO e Guilherme OLIVEIRA, *Curso de Direito a Família*, cit., p. 184.

¹⁷² Eliminação do art.º 1779º anterior à “Reforma de 2008”.

¹⁷³ Diogo Leite de CAMPOS e Mónica Martinez de CAMPOS, *Lições de Direito da Família*, 3ª edição revista e atualizada, Coimbra, Edições Almedina, S.A., Maio de 2016, p. 132.

¹⁷⁴ À luz do art.º 1792º anterior à “Reforma de 2008”.

¹⁷⁵ Diogo Leite de CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit., p. 309.

¹⁷⁶ Diogo Leite de CAMPOS e Mónica Martinez de CAMPOS, *Lições de Direito da Família*, cit., p. 352 e 353.

violação, através da obrigação de indemnizar¹⁷⁷, caberá no regime da responsabilidade civil obrigacional.

Quanto à questão de qual o regime de responsabilidade civil aplicável em caso de violação dos deveres conjugais – perante a argumentação apresentada pela doutrina portuguesa, quer em defesa da aplicação do regime da responsabilidade civil aquiliana, quer no sentido inverso, de aplicação do regime da responsabilidade civil obrigacional –, entendemos que, adotando a Teoria Contratualista do casamento e adotando a configuração dos deveres conjugais enquanto verdadeiras obrigações decorrentes do contrato de casamento, será aplicável, em primeira linha, o regime da responsabilidade civil obrigacional.

De qualquer forma, e ainda que não se aceite esta proposta, não deixará de se poder aplicar as normas da responsabilidade civil aquiliana, pois os deveres conjugais, correspondem, em alguns casos, a direitos de personalidade¹⁷⁸, particularmente o dever conjugal objeto de análise neste estudo, já que aos direitos familiares pessoais corresponde a tutela da personalidade¹⁷⁹.

2.1.2. Consequências da posição adotada no regime jurídico aplicável

A posição adotada comporta dois problemas principais: a aplicação da presunção do art.º 799.º, n.º 1 e a questão da indemnização dos danos não patrimoniais na responsabilidade civil obrigacional.

¹⁷⁷ Excluímos, aqui, o divórcio ou a separação de pessoas e bens como consequência e solução para o incumprimento dos deveres conjugais, ou seja, afastando aqui a ideia de fragilidade de garantia em caso de violação dos deveres conjugais.

¹⁷⁸ Com a exceção de deveres como o de assistência e o dever de cooperação que, pela sua natureza, não se podem qualificar como direitos absolutos, uma vez que apenas farão sentido na relação entre cônjuges e, já não, na relação destes com os terceiros.

¹⁷⁹ A título exemplificativo, no Ac. do STJ de 12 de Maio de 2016, é aplicado o regime da responsabilidade civil aquiliana, tal como na própria decisão da 1ª Instância deste processo. Este acórdão faz ainda menção a outros que concluíram de igual forma: Ac. do STJ de 9 de Fevereiro de 2012 (processo n.º 819/09.TMPRT.P1.S1) e Ac. do STJ de 17 de Setembro de 2013 (processo n.º 5036/11.3TBVNG.P1.S1). A propósito deste acórdão, EVA DIAS COSTA, numa exposição oral proferida no âmbito da conferência organizada pela Universidade Portucalense e o Conselho Regional do Porto da Ordem dos Advogados, realizada no dia 27 de Janeiro de 2017, intitulada “*O casamento é um contrato? A propósito do Acórdão do STJ de 12.05.2016*” entende que a aplicação do artigo 1792º e do regime da responsabilidade civil extracontratual apenas se explica se considerarmos o casamento como um contrato quanto à sua formação, mas uma vez celebrado será uma instituição. Assim sendo, os direitos familiares pessoais são considerados como direitos absolutos, ou seja, oponíveis *erga omnes* e, como tal, a sua violação gera a obrigação de indemnizar. Ainda assim, esta autora, nesta intervenção oral, considera que os deveres conjugais têm um carácter obrigacional, pelo que a responsabilidade civil contratual também poderia ter sido aplicada.

2.1.2.1. O ónus da prova da culpa na violação do dever conjugal - a aplicação da presunção de culpa do art.º 799.º

Nos termos da regra geral prevista no art.º 342.º, quem invoca um direito de indemnização tem o ónus de provar os factos constitutivos desse mesmo direito, nomeadamente no que concerne à prova da culpa do art.º 487.º. Esta regra é excepcionada nas situações em que ocorra a inversão do ónus da prova por consagração de uma presunção (art.º 344.º, n.º 1), como é o caso do art.º 799.º.

Consequentemente, a recondução da violação dos deveres conjugais à responsabilidade civil obrigacional gera a questão de saber se se aplica, neste âmbito a presunção do art.º 799.º, n.º 1.

JORGE DUARTE PINHEIRO¹⁸⁰, ÂNGELA CERDEIRA¹⁸¹, PEREIRA COELHO¹⁸² e ANTUNES VARELA¹⁸³ afastam a presunção devido ao carácter especial do contrato de casamento, sustentando a sua opinião no Assento n.º 5 de 26 de Janeiro de 1994¹⁸⁴. Importa realçar que estes últimos autores retiram as suas conclusões a partir do regime anterior à “Reforma de 2008”, pelo que a exclusão da presunção de culpa do artigo 799.º se devia à conjugação da natureza especial do contrato de casamento com o disposto no art.º 1779.º¹⁸⁵ do mesmo diploma, ora revogado.

Por conseguinte, entendiam estes autores que, “tendo em conta as exigências rigorosas formuladas do artigo 1779.º e os efeitos sancionatórios que decorrem da declaração de cônjuge culpado, o artigo 799.º não tem aplicação no casamento”¹⁸⁶ e, como tal, seria aplicável a regra geral do art.º 342.º. Nas palavras de PEREIRA COELHO “*é ao cônjuge autor que pertence alegar e provar a culpa do réu nas acções de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens*

¹⁸⁰ Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo...*, cit., p. 396, nota 834.

¹⁸¹ Ângela CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, cit., p. 66 a 68.

¹⁸² Pereira COELHO, “Comentário ao Ac. do STJ de 17 de Fevereiro de 1983”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 117, Nº 3718-3729, Coimbra, Coimbra Editora, Lda, Ano 1984-1985, p. 64 e 91 e ss.

¹⁸³ Antunes VARELA, *Direito da Família*, cit., p. 495 a 497.

¹⁸⁴ Assento disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/1994/03/070A00/14671473.pdf>.

¹⁸⁵ Artigo que previa como fundamento da ação de divórcio, a violação culposa dos deveres conjugais, quando esta violação, pela gravidade e reiteração, comprometesse a possibilidade de vida em comum.

¹⁸⁶ Ângela CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, cit., p. 67.

*propostas com fundamento em violação dos deveres conjugais, nos termos do artigo 1779º do Código Civil*¹⁸⁷.

Sucintamente, até 2008, entendia-se que a presunção de culpa do art.º 799.º não seria aplicável no casamento por duas razões essenciais: em primeiro lugar, afirmava-se que as consequências associadas à culpa eram tão extensas, nomeadamente, a nível patrimonial¹⁸⁸, que as mesmas não deviam ser desencadeados com uma culpa meramente presumida. Esta deveria ser positivamente provada. Em segundo lugar, entendia-se que aceitar a presunção seria facilitar a dissolução do casamento e por em causa a estabilidade da relação matrimonial.

Em sentido contrário, encontramos, mesmo ao abrigo do regime anterior à “Reforma de 2008”, alguns acórdãos. Podemos convocar, a título exemplificativo, o Ac. do STJ de 17 de Fevereiro de 1983¹⁸⁹ e o Ac. do STJ de 12 de Junho de 1984¹⁹⁰. Em tais decisões, o STJ, num momento anterior ao Assento supramencionado, pronuncia-se pela aplicabilidade da presunção de culpa do art.º 799.º, fundamentando-se na qualificação do casamento enquanto um contrato.

Cumpre-nos discordar do entendimento proposto pelos autores suprarreferidos. Por um lado, lembre-se que a redação anterior do artigo 1779.º se encontra revogada, deixando, assim, de fazer sentido a argumentação exposta no Assento n.º 5/94. Por outro lado, importa destacar que a presunção do art.º 799.º, n.º 1 constitui uma presunção *iuris tantum*, pelo que o cônjuge presumido incumpridor pode ilidir a mesma, não se considerando, ainda assim, excessiva a aplicação desta presunção no âmbito do contrato de casamento, apesar das consequências que daqui advenham para o cônjuge réu.

No que concerne aos argumentos que serviam de base para a exclusão da aplicação da presunção no âmbito da reparação dos danos, a partir da “Reforma de 2008”, deve referir-se, em primeiro lugar, que o legislador deixou de ter como prioridade a estabilidade matrimonial, desde logo, manifestando-se pela facilitação da dissolução do casamento. Em segundo lugar,

¹⁸⁷ Pereira COELHO, “Comentário ao Ac. do STJ de 17 de Fevereiro de 1983”, cit., p. 92.

¹⁸⁸ Consequências a nível da partilha, da perda de benefícios, do crédito compensatório, da reparação dos danos supra-referidas nas pp. 12 e ss. do presente estudo.

¹⁸⁹ Publicado no BMJ, n.º 324, (Março de 1983), pp. 584 e ss.

¹⁹⁰ Publicado no BMJ, n.º 338, (Julho de 1984), pp. 40 e ss.

há que enfatizar que as consequências patrimoniais do divórcio já não estão associadas à culpa, mas sim à dissolução em si.

2.1.2.2. O âmbito dos danos ressarcíveis

O artigo 1792.º, n.º 1 faz uma referência genérica à ressarcibilidade dos danos causados pelo cônjuge, não identificando a natureza destes danos. Não esclarece se apenas são ressarcidos os danos patrimoniais ou os danos não patrimoniais, nem faz uma alusão aos danos provocados pelo divórcio, em si mesmo, ou aos danos provocados pela violação dos deveres conjugais, ao contrário do que o mesmo art.º afirmava pré - “Reforma de 2008”.

Hoje é possível afirmar, sem qualquer dúvida, que tanto os danos patrimoniais como os danos não patrimoniais podem ser ressarcidos, bem como os danos decorrentes do divórcio ou os danos provocados pelo incumprimento dos deveres conjugais, desde que preenchido os requisitos previstos quer no art.º 496.º, n.º 1 para os danos não patrimoniais, quer no art.º 564.º em relação aos danos patrimoniais (lucros cessantes e danos emergentes)¹⁹¹.

Não podemos esquecer que para que os danos sejam ressarcíveis é necessária a prova da sua relevância para a tutela do direito. Assim, o mero desgosto não basta para a ressarcibilidade dos danos.

A título exemplificativo, o STJ no acórdão de 8 de Setembro de 2009¹⁹² esclarece que, no artigo 1792.º, na redação dada pela “Reforma de 77”, os factos ilícitos fundamento de divórcio estavam sujeitos ao regime da responsabilidade civil do artigo 483.º. A redação dada pela “Reforma de 2008” veio alargar este regime para todos os danos. Assim, o cônjuge que peticiona a indemnização pelo dano moral causado pela dissolução do casamento tem de alegar e provar o mesmo. No caso concreto, o mero desgosto da rutura não é merecedor de tutela nos termos do art.º 496.º, n.º 1.

Ainda no que respeita à ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, discute-se se a mesma se estende à responsabilidade contratual ou se vale apenas no âmbito da

¹⁹¹ Tal como veremos *infra* a propósito do Acórdão do TRL de 9 de Abril de 2013.

¹⁹² Ac. do STJ de 8 de Setembro de 2009, Relator Sebastião Póvoas, processo n.º 464/09.7YFLSB, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3e73b8feb4550fb48025762b004ab8a4?OpenDocument>.

responsabilidade civil aquiliana, atendendo à inserção sistemática do art.º 496.º, n.º 1. Autores como VAZ SERRA¹⁹³, ALMEIDA COSTA¹⁹⁴, LUÍS MENEZES LEITÃO¹⁹⁵ e GALVÃO TELLES¹⁹⁶ aceitam a reparação do dano não patrimonial, no âmbito contratual, pois, apesar da prestação contratual ser, em regra, suscetível de avaliação económica, do incumprimento da obrigação, “podem resultar danos não patrimoniais: ao lado do interesse patrimonial correspondente àquela prestação, pode o credor ter um interesse não patrimonial”¹⁹⁷. Nas palavras de GALVÃO TELLES não “*se vê que entre a responsabilidade extraobrigacional e a obrigacional haja diferença que justifique estender a primeira e não a segunda aos prejuízos não patrimoniais*”¹⁹⁸. O exemplo clássico do dano não patrimonial contratual é o vestido de noiva que não é entregue a tempo do dia fixado para o casamento.

Diversamente, PINTO MONTEIRO¹⁹⁹ entende que, em último reduto, quando há uma ofensa a bens não patrimoniais, mas que ocorre no cumprimento de um contrato, estes danos provêm de uma violação ilícita de um direito de personalidade e a ressarcibilidade dos mesmos é indiscutível. Assim, este autor, remete os danos não patrimoniais, ocorridos num contrato, à tutela extracontratual. Nas situações em que não há violação de um direito de personalidade, PINTO MONTEIRO entende que “não será a simples violação do contrato, “*tout court*”, que, de *per si*, justifica a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais”, a “reparação justificar-se-á, todavia, (...), quando a *especial natureza* da prestação o exija”²⁰⁰.

De igual entendimento, ANTUNES VARELA²⁰¹, circunscreve a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais apenas na responsabilidade extracontratual, desde logo, por um lado, porque a indemnização dos danos não patrimoniais apenas se encontra prescrita na parte do C.C. referente à responsabilidade civil pelos factos ilícitos e, por outro lado, “não há entre esse

¹⁹³ Adriano VAZ SERRA socorre-se, por sua vez, dos ensinamentos de outros Autores, como por exemplo, Cunha Gonçalves e Gomes da Silva in “Reparação do dano não patrimonial”, *Boletim do Ministério da Justiça* (BMJ), n.º 83, Fevereiro de 1959, p. 104.

¹⁹⁴ Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 603.

¹⁹⁵ Luís de Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações...* Vol. I, cit., p. 303.

¹⁹⁶ Inocêncio Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, 7ª edição (Revista e Atualizada), Coimbra, Coimbra Editora, Lda, Maio de 1997, p. 386.

¹⁹⁷ Adriano VAZ SERRA, “Reparação do dano não patrimonial”, cit., p. 104.

¹⁹⁸ Inocêncio Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, cit., p. 386 (itálico do autor).

¹⁹⁹ António Pinto MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990, pp. 31 e ss., nota 77.

²⁰⁰ Op. cit., p. 34, nota 77.

²⁰¹ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10ª Edição, Revista e Atualizada, Coimbra, Livraria Almedina – Coimbra, Novembro de 2000, p. 605.

sector da responsabilidade civil e a responsabilidade *ex contractu* analogia que justifique a extensão do campo de aplicação do artigo 496^o”²⁰².

Este entendimento é largamente minoritário, não só na doutrina, mas também na jurisprudência portuguesa recente²⁰³.

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência portuguesa admitem a existência e a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais contratuais. A título exemplificativo, temos o Ac. do STJ de 8 de Fevereiro de 1989 que, a propósito da aplicação do critério do art.º 496.º, n.º 1 da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, diz-nos que: só são indemnizáveis aqueles danos, que afectem profundamente os valores ou interesses da personalidade física ou moral como, entre outros, as ofensas à honra, a reputação, a liberdade pessoal (...)”²⁰⁴. O STJ destaca que existem autores, como Almeida Costa, que entendem que a indemnização por danos morais também se pode verificar na responsabilidade contratual. Neste caso concreto, a sentença que decretou o divórcio considerou que aqui se violaram os deveres de respeito e de coabitação. O dever de coabitação, na medida, em que frustrou as expectativas da Autora em constituir família, desde logo, pela inexistência de relações sexuais, e o dever de respeito pela homossexualidade do Réu. A dor e o sofrimento provocados por estas violações, “dos mais sensíveis porque ligados à dignidade intrínseca do ser humano, constituem danos não patrimoniais e são indemnizáveis”²⁰⁵. O STJ concluiu pelo aumento parcial do valor da indemnização a que o Réu tinha sido condenado a pagar.

2.2. A autonomia do pedido ressarcitório em relação ao pedido de divórcio

O regime pós - “Reforma de 2008” não está, obviamente, isento de críticas, desde logo no que concerne ao pedido ressarcitório do art.º 1792.º. Importa, antes de mais, compreender que uma das diferenças introduzidas pelo “Regime de 2008” se refere ao facto de este ressarcimento já não se encontrar estritamente ligado à dissolução do casamento²⁰⁶. Alguns

²⁰² Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, cit., p. 605, nota 3.

²⁰³ A título ilustrativo, considerem-se os seguintes Acórdãos: Ac. do STJ de 13 de Julho de 2010, Ac. do STJ de 24 de Janeiro de 2012 e Ac. do STJ de 24 de Junho de 2010, disponíveis em www.dgsi.pt.

²⁰⁴ Ac. do STJ de 8 de Fevereiro de 1989, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/931213bc44f23d32802568fc0039e554?OpenDocument>, p. 3.

²⁰⁵ Op. cit., p. 4.

²⁰⁶ Diferença proposta, entre outras, por Mafalda BARBOSA, “Família e Responsabilidade Civil...”, cit., p. 78.

autores entendem que se pode levantar esta questão ainda na constância do casamento²⁰⁷, dado que o artigo remete para as regras gerais da responsabilidade civil. Desde logo, porque ao contrário do regime anterior à “Reforma de 2008”, não se limita apenas aos danos não patrimoniais decorrentes da própria ação de divórcio.

Apesar do artigo se encontrar inserido sistematicamente na secção dos efeitos do divórcio, compreendemos e defendemos que não é necessária a instauração de uma ação de divórcio para que se possa lançar mão do mecanismo do art.º 1792.º. Aliás, o Ac. do TRL de 9 de Abril de 2013²⁰⁸, que será posteriormente analisado, representa uma situação em que a Autora intenta uma ação de condenação para o pagamento de uma quantia a título de reparação de danos morais pelo incumprimento dos deveres conjugais e outra quantia pelos danos morais provocados pela dissolução do casamento, contra o seu marido.

Não deixamos, contudo, de verificar que é uma situação pouco habitual, até devido às circunstâncias afetivas que rodeiam o casamento. Mas, a título exemplificativo e por mera hipótese académica, expomos a seguinte situação: por um lado, o marido que incumpre reiteradamente o dever de fidelidade provocando graves danos não patrimoniais e, por outro lado, a sua esposa, pessoa de grande devoção religiosa e, em virtude dessa devoção, não admite, nem aceita o divórcio. Fará aqui sentido privar esta esposa do acesso ao mecanismo da reparação dos danos do art.º 1792.º? No nosso entendimento, a resposta a esta questão é negativa, desde logo pela razão já mencionada: o artigo remete para o instituto geral da responsabilidade civil, para além disso, não só menciona na sua letra “cônjuge” e não “ex-cônjuge”, como também, não exige como requisito para a aplicação do mesmo, o decretamento do divórcio.

Ainda a propósito do pedido ressarcitório em relação ao pedido do divórcio, cumpre-nos agora referir a, atual, atribuição da competência jurisdicional. HEINRICH HÖRSTER

²⁰⁷ Como é exemplo Ângela CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, cit., página 112, Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, cit., pp. 708 e 709; Tomé d’ Almeida RAMIÃO, *O Divórcio e questões conexas – Regime Jurídico Atual*, 3ª Edição Revista e Aumentada, Lisboa, Quid Iuris - Sociedade Editora, Lda, 2011, p. 178, Carlos CORTE-REAL e José PEREIRA, *Direito da Família - Tópicos para um Reflexão Crítica*, cit., p. 80.

²⁰⁸ Ac. do TRL de 9 de Abril de 2013, Relator Manuel Marques, processo n.º 22317/09.9T2SNT.L1-1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/7592ed868841103780257b720074fc0f?OpenDocument&Highlight=0,dever,de,fidelidade,dissolu%C3%A7%C3%A3o,casamento>.

alerta-nos que “a lei não só remete a questão da responsabilidade para o regime geral (artigos 483.º e ss. e 562.º e ss.), como ainda rejeita a competência dos tribunais especializados na matéria para a atribuir aos tribunais comuns”²⁰⁹. Se o legislador pretendeu atenuar a litigiosidade exigindo uma ação autónoma, falhou redondamente, pois, pelo contrário, só deu origem a uma multiplicação da litigiosidade trazendo como consequência imediata o aumento das custas judiciais. Para além disso, o legislador não teve em atenção a economia processual, sendo que parte da matéria a ser discutida no âmbito desta ação, será comum ao processo de divórcio. Esta mesma questão poderá levantar um outro problema: podem-se gerar conclusões probatórias diferentes sobre os mesmos factos. Concluindo, porquê a atribuição da competência aos Tribunais Comuns e não aos Tribunais especializados na área de Direito da Família?

²⁰⁹ Heinrich HÖRSTER, “A Responsabilidade Civil entre os cônjuges”, cit., p. 106.

CAPÍTULO IV

A RESPONSABILIDADE CIVIL E A VIOLAÇÃO DO DEVER CONJUGAL DE FIDELIDADE

1. A RELEVÂNCIA RESSARCITÓRIA DA VIOLAÇÃO DO DEVER DE FIDELIDADE

Para melhor compreender qual a solução aplicável no caso concreto da violação do dever de fidelidade, cumpre-nos aqui, antes de mais, analisar o caso particular da violação do dever de fidelidade, começando por falar das especificidades deste dever, não só à luz do nosso ordenamento jurídico e respetivas soluções jurisprudenciais portuguesas, mas também versando o panorama estrangeiro, abordando a posição do terceiro cúmplice e a possibilidade de procriação entre o cônjuge infiel e este terceiro, terminando com a configuração e discussão do Projeto-Lei alemão intitulado *Gesetz zu “Kuckucksinder”* e o reflexo do mesmo no ordenamento jurídico português.

Cumpra também aqui realçar, que o dever de fidelidade, enquanto obrigação estabelecida entre duas pessoas em virtude do contrato de casamento, vincula os mesmos, nos termos já referidos *supra*.

A violação do dever de fidelidade pode ocorrer em circunstâncias muito especiais, nomeadamente, quando os cônjuges se encontrem separados de facto ou em separação de pessoas e bens. Questionamos se nestas situações há ou não um afrouxamento do vínculo matrimonial que seja relevante para o ressarcimento da violação do dever de fidelidade.

Para ilustrarmos aqui, o nosso entendimento, recorremos, desde logo, ao Ac. do STJ de 17 de Junho de 2004²¹⁰ e ao Ac. do mesmo tribunal de 14 de Janeiro de 2010²¹¹.

²¹⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Junho de 2004, Relator Araújo Barros, processo n.º 04B1819, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6bca4136a888aee480256eca0048e9b1?OpenDocument>.

²¹¹ Ac. do STJ de 14 de Janeiro de 2010, Relator Serra Baptista, processo n.º 179/09.6YREVR.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/862512406f23e3af802576af003e0deb?OpenDocument>.

No primeiro acórdão estamos perante uma ação de divórcio, intentada pelo Autor, com fundamento na separação por mais de três anos consecutivos. A Ré, por sua vez, apresentou contestação, alegando que esta separação resultou em consequência do abandono do lar pelo Autor, sem motivação, tendo este ido viver com outra pessoa, violando os deveres de fidelidade, cooperação e coabitação. A Ré, em pedido reconvenicional, pretendeu que o Autor fosse declarado único culpado do divórcio e condenado a pagar uma indemnização a título de danos não patrimoniais resultantes da dissolução do casamento.

A 1ª instância considerou improcedente o pedido reconvenicional e declarou o Autor e a Ré culpados em igual medida. A Ré recorreu para o TRP e este considerou improcedente a apelação. Em consequência, a Ré interpôs recurso de revista na parte que confirmava a culpa no divórcio. A Ré alega, entre outros, que “se o adultério se mantém e assumido, deverá o cônjuge adúltero ser considerado cônjuge culpado em exclusivo”²¹².

O STJ entendeu que apesar do dever de fidelidade não se extinguir com a separação de facto, ainda assim a sua violação não assume a mesma gravidade como assumiria se fosse cometido na “plenitude de vida em comum”²¹³. No caso concreto, não havia uma diferença considerável na contribuição dos cônjuges para o divórcio, portanto, confirmou a decisão da 1ª instância e do TRP neste assunto.

No segundo acórdão, estamos também perante uma ação de divórcio intentada pela Autora contra o Réu com fundamento na separação de facto há mais de três anos. Neste caso concreto, a Autora saiu da casa de morada de família sem qualquer explicação e apenas regressou para levar os seus pertences pessoais. Passou a viver com outro homem, com o qual se relacionou intimamente antes ainda de abandonar a casa de morada de família, violando assim, de forma reiterada, os deveres de coabitação, fidelidade e lealdade. O Réu não só apresentou contestação, como, em reconvenção, pediu a condenação da autora a pagar-lhe indemnização por danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento.

O STJ entendeu, em relação ao dever de fidelidade, que estando os cônjuges separados um do outro desde Maio de 2001, “o facto da a Autora, em finais de 2006, ter passado a viver

²¹² Ac. do STJ de 17 de Junho de 2004, cit., p. 2.

²¹³ Op. cit., p. 5.

maritalmente com outro homem, assim violando o dever de fidelidade a que ainda estava obrigada por virtude do casamento, não assume gravidade bastante que possa levar a concluir que dele resultou o comprometimento da vida em comum.”²¹⁴ Não sendo, assim, tal violação, em si mesma, causa de divórcio. “Na verdade, a violação dos deveres conjugais a que os cônjuges estão adstritos por via do casamento, prescritos no art.º 1672.º, só é causa de divórcio se for culposa”²¹⁵, ainda por referência ao art.º 1779.º, atualmente revogado.

O STJ esclareceu, a propósito do dever de fidelidade e da sua relação com a separação de facto que, “a separação de facto, em si mesma, enfraquece o conteúdo do dever de fidelidade, cujo expoente máximo da sua violação será o adultério, sendo este, se cometido em tal período, por certo menos grave que se ocorrer no âmbito da vida em comum dos cônjuges.”²¹⁶ Assim, concluiu pelo provimento da revista da Autora revogando o acórdão recorrido na parte que manteve a condenação da Autora a pagar a indemnização pelos danos não patrimoniais.

Neste caso, o STJ realça novamente a relação entre a separação de facto e o dever de fidelidade, confirmando já o exposto no Acórdão do mesmo tribunal de 17 de Junho de 2004. Apesar do afrouxamento do vínculo entre os cônjuges, o dever de fidelidade mantém-se e a sua violação, apesar de ser menos grave do que na constância de um casamento sem vicissitudes, deverá ainda ser penalizada. Na hipótese *sub judice*, o STJ não deu provimento à condenação da Autora ao pagamento da indemnização por danos não patrimoniais o que, desde já, nos cumpre discordar, caso os requisitos do artigo 1792.º, na redação dada pela “Reforma de 77”, e os demais requisitos da responsabilidade civil aquiliana, estivessem cumpridos.

Realça-se aqui, que, se em relação à separação de facto poderá suscitar alguma dúvida por falta de consagração legal sobre os deveres conjugais, com a qual nós não concordamos, em relação à separação de pessoas e bens não resta dúvida alguma perante o previsto no art.º 1795.º - A que estatui que apenas os deveres de coabitação e de assistência se extinguem.

Sublinhada a existência de um dever de exclusividade sexual, ultrapassadas as circunstâncias especiais da separação de facto e da separação de pessoas e bens e partindo do

²¹⁴ Ac. do STJ de 17 de Junho de 2004, cit., p. 1.

²¹⁵ Ac. do STJ de 14 de Janeiro de 2010, cit., p. 8.

²¹⁶ Op. cit., p. 9.

pressuposto que o dever de fidelidade é “indubitavelmente injuntivo”²¹⁷, isto é, não é possível os cônjuges celebrarem um acordo que os dispense deste dever, tal como não é possível a renúncia unilateral do mesmo, nem tampouco o perdão, enquanto ato jurídico não negocial, qual a solução aplicável caso um dos cônjuges viole este dever, quer por meio do adultério, quer pela violação do dever de fidelidade moral?

Para respondermos a esta questão será necessário compreender em que medida o regime da responsabilidade civil aplicável à violação dos deveres conjugais, previsto no art.º 1792.º é aplicável em específico, à violação do dever de fidelidade. Como já referimos, entendemos que o dever de fidelidade deve ser configurado como um verdadeiro dever jurídico, uma obrigação jurídica, apesar de extremamente íntimo e pessoal, qualquer ato do cônjuge que viole o mesmo e preencha os restantes requisitos da responsabilidade civil, já aqui exposto e explanados²¹⁸, será suscetível de ressarcimento.

Assim, tanto no ordenamento jurídico italiano como no espanhol, se entende que o dever de fidelidade é um dever jurídico matrimonial e, quando a conduta do cônjuge provoque “*“danno ingiusto’ fisico o psichico e colpiscono diritti fondamentali e inviolabili protetti dal testo costituzionale, nasce l’obbligo di risarcire egualmente conformemente all’ articolo 2043 in Italia e all’ articolo 1902 del Código civil spagnolo, verificata la concorrenza del nesso causale”*”²¹⁹.

²¹⁷ Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, cit., p. 239.

²¹⁸ Jorge Duarte PINHEIRO, na obra *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, cit., p. 672 e ss., cita alguma doutrina, portuguesa e estrangeira, que debate a aplicação dos requisitos da responsabilidade civil e a forma como estes se podem ou não preencher no âmbito do direito da família, nomeadamente o preenchimento do requisito da culpa. A título exemplificativo, cita as lições orais de Pamplona Corte-Real que se opõe à fixação da culpa dos cônjuges no divórcio, uma vez que não é possível determinar o que é “a culpa no exercício do afecto” (p. 673). Por uma questão de economia, não será possível abordar os demais entendimentos a propósito desta matéria, contudo Jorge Duarte PINHEIRO entende que, uma vez que os deveres conjugais sexuais, como qualquer outro dever jurídico, baseiam-se na “liberdade da vontade humana” e se é possível determinar o conteúdo dos mesmos através de critérios, também existem critérios para “formular um juízo de culpa no caso de violação daqueles deveres” pelo que se aplicarão os critérios comuns da definição de culpa (pp. 675 e 676).

²¹⁹ Paolo CENDON e Giovanna SEBASTIO, *Lei, lui e il danno. La responsabilità civile tra coniugi*, Resp. civ. e prev., 2002, 06, p. 1257 e ss. *apud* Aránzazu ALQUÉZAR, “Infedeltà coniugale e responsabilità civile in Italia e in Spagna”, *Comparazione e diritto civile*, in http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/alquezar_infedelta.pdf, p. 31.

Em Portugal, CRISTINA DIAS²²⁰, afirma e defende que, em caso de incumprimento, o cônjuge lesado tem ao seu dispor não apenas o mecanismo do divórcio ou da separação de pessoas e bens, mas também a ação de responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais.

Em sentido mais restritivo temos o Ac. do TRC de 9 de Maio de 1989²²¹ que entendeu que a “fidelidade conjugal é um comportamento conjugal que a moral pública e os bons costumes recomendam, mas não é, por certo, reputado obrigatório pelo conjunto das regras éticas hoje postas pela generalidade das pessoas em Portugal”. Entendeu também, que relações sexuais extramatrimoniais só constituem fundamento de resolução do contrato quando se caracterizem pelo “desbragamento de atitudes que ferem a sensibilidade do cidadão médio”²²².

Não se compreende nenhuma outra solução, que não a aplicação do instituto da responsabilidade civil fundamentada no art.º 1792.º, n.º 1, para as situações de violação do dever de fidelidade, quer na modalidade de infidelidade física, quer na infidelidade moral. A quebra de confiança, de lealdade, do ideal de prossecução de comunhão de vida, do próprio contrato de casamento, por um dos cônjuges não nos permite compreender outra solução, muito menos uma inação total e completa do nosso ordenamento jurídico com base em fundamentos, como o exposto por PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA sobre a inexistência de garantia dos deveres conjugais provocada pela alteração legislativa, anteriormente exposta. Aliás, como JORGE DUARTE PINHEIRO afirma, é “da comunhão tendencialmente plena de vida, inerente à imagem legal de casamento, que decorre afinal o dever conjugal de não ter relações sexuais com terceiro”²²³.

Posto isto, JORGE DUARTE PINHEIRO²²⁴ fala-nos um pouco sobre a tutela conferida ao dever de fidelidade. Em primeiro lugar, entende que o dever de fidelidade “beneficia de uma garantia especificamente familiar, que se centra no regime do divórcio (e da separação judicial)”. Para este autor, a tutela do dever de fidelidade é “assegurada quer no plano dos

²²⁰ Cristina DIAS, “Responsabilidade e indemnização por perda do direito ao débito conjugal – considerações em torno do art. 496º do Código Civil”, cit., p. 407.

²²¹ Ac. do TRC de 9 de Maio de 1989 in *Coletânea de Jurisprudência*, Ano XIV, Tomo III, 1989, Coimbra, p. 67.

²²² Op. cit., p. 67.

²²³ Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, cit., p. 198.

²²⁴ Jorge Duarte PINHEIRO, “A tutela da exclusividade sexual entre os cônjuges na casa de morada de família”, cit., pp. 268 e 269.

pressupostos, quer no plano dos efeitos das vicissitudes do vínculo matrimonial”. Quanto ao plano dos efeitos do divórcio, antes da “Reforma de 2008”, iria influir na graduação da culpa e nas respectivas consequências a nível patrimonial.

Mas já à época em que o Autor expressou esta sua opinião, questionava se o divórcio seria a única tutela possível da violação do dever de fidelidade, ou se também se poderia recorrer ao instituto da responsabilidade civil nos termos gerais, visto que, à data, o art.º 1792.º previa um regime, distinto do atual, onde apenas se poderiam ressarcir os danos não patrimoniais decorrentes da ação de divórcio em si. Enumerava alguns obstáculos à aplicação do regime geral da responsabilidade civil, desde logo, pela natureza jurídica dos deveres de fidelidade e de coabitação: caráter não creditício destes deveres; natureza pessoal dos mesmos que afasta uma possível compensação pecuniária e a componente ética dos deveres conjugais pessoais²²⁵.

O autor entende, ainda assim, que estes obstáculos são facilmente ultrapassados. Desde logo, a responsabilidade civil é um instrumento de tutela dos direitos subjetivos no geral e não um meio específico dos direitos de crédito. Em segundo lugar, a lesão de direitos pessoais, por exemplo dos direitos de personalidade, pode originar a obrigação de indemnizar; quanto à dimensão ética, estes direitos devem beneficiar de uma proteção maior, logo não faz sentido afastar a possibilidade de indemnização. Finalmente, não faz sentido o cônjuge lesado ter de suportar os danos que lhe foram causados pelo comportamento do outro só pela exclusividade da regulamentação familiar.

Atualmente, esta questão já não se coloca, pois, o regime previsto no art.º 1792.º dá-nos a solução para este problema e remete para a aplicação das normas gerais da responsabilidade civil.

Tal como expressado anteriormente, a propósito da violação dos deveres conjugais em sentido lato, entendemos que esta remissão para as normas gerais da responsabilidade civil se refere às normas do regime da responsabilidade obrigacional²²⁶. Aliás, JORGE DUARTE

²²⁵ Conforme expõe na sua obra *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, cit., p. 666.

²²⁶ Cfr. página 50 do presente estudo.

PINHEIRO identifica o ilícito conjugal enquanto uma “violação de um dever emergente de uma relação jurídica; (...) a responsabilidade assume, portanto, carácter obrigacional”²²⁷.

2. A RESPONSABILIDADE POR DANOS RESULTANTES DA VIOLAÇÃO DO DEVER DE FIDELIDADE NA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

Depois do enquadramento teórico baseado na doutrina portuguesa com breves referências à doutrina espanhola e italiana sobre o caso particular da violação do dever de fidelidade que acima apresentámos, cumpre-nos analisar as decisões e as soluções a que os tribunais portugueses chegaram em situações em que se provou a existência de atos que violaram o dever de fidelidade e a sua relação com a aplicação do regime do art.º 1792.º, n. 1. Como regra geral, estes casos são deveras complexos, como o é a vida real, faremos referência às situações no seu todo, mesmo que outros deveres, como o de respeito e coabitação, tenham sido violados.

Acórdão do STJ de 9 de Fevereiro de 2012²²⁸:

Trata-se de uma ação especial de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges proposta pelo Autor contra a Ré alegando a separação de facto entre os mesmos desde 31 de Março de 2005.

A Ré contesta arguindo a inconstitucionalidade da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro e pede para que o Autor seja considerado como único culpado pelo divórcio e, em reconvenção, pede para que este seja condenado a pagar-lhe uma indemnização pelos danos causados com a sua conduta para com esta, que lhe provocaram uma alteração no estado psíquico e psicológico.

Na réplica, o Autor alega que as pretensões da Ré constituem um ato anómalo e que a inconstitucionalidade não tem fundamento. A sentença da 1ª instância julgou a ação, totalmente, procedente e, em consequência, decretou o divórcio. Em relação ao pedido reconvenicional, este

²²⁷ Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, cit., p. 695.

²²⁸ Ac. do STJ de 9 de Fevereiro de 2012, Relator Hélder Roque, processo n.º 819/09.7TMPRT.P1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/39c774e2ef22d7b4802579a600588a16?OpenDocument>.

improcedeu, não se julgando inconstitucional a norma constante no art.º 8.º da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro. Desta sentença, a Ré interpôs recurso, sendo que o TRP julgou a apelação improcedente e a Ré interpôs recurso de revista para o STJ.

Este acórdão refere-se essencialmente ao regime introduzido pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, propondo uma forma de interpretação do art.º 1792.º.

Antes de partir para a análise, em concreto, do novo regime, o STJ faz referência às motivações subjacentes ao mesmo. Por conseguinte, esclarece que a “família transforma-se num espaço privado, de exercício da liberdade própria de cada um dos seus membros, na prossecução da sua felicidade pessoal, livremente, entendida e obtida, deixando o casamento de assumir, progressivamente, um carácter institucional, maxime, sacramental, sobretudo na componente da afirmação jurídicoestadual da sua perpetuidade e indissolubilidade, para passar a constituir uma simples associação de duas pessoas, que buscam, através dela, uma e outra, a sua felicidade e realização pessoal.”²²⁹

Após o enquadramento, o STJ conclui, em primeiro lugar, que o lugar adequado à valoração da violação dos deveres conjugais é a ação judicial de responsabilidade civil para reparação de danos, separada, processualmente, da ação de divórcio. Conclusão esta que se retira facilmente da leitura do artigo supra-mencionado. Esclarece, igualmente, que apesar da violação dos deveres conjugais já não constar como fundamento do divórcio, não significa que não mereça tutela do direito em ação judicial de responsabilidade civil para reparação de danos, nos termos do art.º 1792.º, n.º 1. Na ação de divórcio só é possível peticionar uma indemnização para reparação dos danos, no caso previsto no n.º 2 deste artigo. Entre outras conclusões, o STJ esclarece que estas alterações legais, “vieram dotar o regime legal de maior flexibilidade e a situação dos cônjuges de maior segurança e previsibilidade, ao contrário da situação anterior, dotada de rigidez e aleatoriedade”²³⁰.

Acórdão do TRL de 9 de Abril de 2013²³¹:

²²⁹ Ac. do STJ de 9 de Fevereiro de 2012, cit., p. 1.

²³⁰ Op. cit., p. 15.

²³¹ Ac. do TRL de 9 de Abril de 2013, Relator Manuel Marques, processo n.º 22317/09.9T2SNT.L1-1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/7592ed868841103780257b720074fc0f?OpenDocument&Highlight=0,dever,de,fidelidade,dissolu%C3%A7%C3%A3o,casamento>.

Trata-se de uma ação de condenação intentada pela Autora contra o Réu, ainda seu marido, ao pagamento de uma quantia a título de reparação dos danos morais pela violação dos deveres conjugais e de outra quantia a título de danos não patrimoniais pela dissolução do casamento.

A Autora alegou, entre outras coisas, que o Réu violou o dever de fidelidade, pois mantinha uma relação extraconjugal desde o Natal de 2008. A Autora alegou, igualmente, o choque que sofreu e a necessidade que teve de passar a ser acompanhada por tratamento psicológico e a sujeitar-se a terapia e medicação, para além de se ter sentido humilhada e vexada pelo facto de ter sido enganada pelo Réu. O Réu negou os factos relativos à violação do dever de fidelidade no período temporal exposto pela Autora.

A 1ª instância julgou parcialmente procedente a ação e condenou o Réu em indemnização por danos morais, quer pela violação dos deveres conjugais, quer pela dissolução do casamento. Quer a Autora, quer o Réu interpuseram recurso de apelação. Em relação à reparação dos danos não patrimoniais, o apelante sustenta a afirmação de que apenas os danos resultantes da violação dos deveres conjugais podem ser ressarcidos.

O TRL vem esclarecer o previsto no artigo 1792º: a lei deixou de fazer distinção entre os danos resultantes da dissolução do casamento e os danos resultantes dos factos que conduziram à rutura do casamento. Qualquer uma das situações passou a ser feita nos meios comuns e não na ação de divórcio. “A reparação desses danos está sujeita ao regime geral da responsabilidade extracontratual do artigo 483º do Código Civil.”²³². Assim, cumpre ao cônjuge lesado fazer prova que demonstre a violação dos deveres conjugais por parte do outro e todos os demais requisitos da aplicação do regime da responsabilidade civil.

Neste Acórdão, em relação à redação dada pela “Reforma de 2008” ao art.º 1792.º, n.º 1, temos uma referência clara e direta à aplicação do regime da responsabilidade civil aquiliana. Trata-se de uma posição que, com veremos, é acolhida pelo STJ no Ac. de 17 de Setembro de 2013 e no Ac. de 12 de Maio de 2016.

Na decisão em análise, o TRL realça as palavras da sentença recorrida: “Ocorreu, pois, violação dos deveres de fidelidade e de assistência, que deram causa ainda a todo o sofrimento

²³² Ac. do TRL de 9 de Abril de 2013, cit., p. 9.

psicológico da Autora (...)"²³³. Recorrendo ao estudo do Prof. Antunes Varela, o TRL conclui que no "que tange ao dever de fidelidade, os factos apurados – ligação sentimental do réu para com outra mulher – consubstanciam a violação daquele dever conjugal, pois que este dever tem por objecto a dedicação exclusiva e sincera, como consorte de cada um dos cônjuges ao outro, abrangendo não só os casos de infidelidade material (adultério), mas também os de infidelidade moral (mera ligação sentimental ou platónica com outrem)"²³⁴.

Se a ligação sentimental ocorreu durante a plenitude da vida em comum, a mesma reveste particular gravidade, pois esta foi a razão pela qual o réu cessou a vida em comum, o comportamento do mesmo, de um ponto de vista normativo, é merecedor de forte censurabilidade do direito. O TRL concluiu pela violação, por parte do réu, de forma culposa, do dever de fidelidade, o qual constituiu a rutura do casamento. O TRL entendeu como improcedente quer a apelação da autora, quer a apelação do réu.

Acórdão do STJ de 17 de Setembro de 2013²³⁵:

Trata-se de uma ação declarativa de condenação intentada pela Autora pedindo a condenação do Réu no pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais, pela violação do dever de assistência, e não patrimoniais, neste último caso, pela violação dos deveres de respeito, fidelidade e coabitação.

A 1ª instância proferiu decisão que absolveu o Réu em relação aos danos patrimoniais, por incompetência absoluta do Tribunal *a quo*. E, em relação aos danos não patrimoniais, considerou "não haver *qualquer fonte das obrigações que suporte o pedido formulado, motivo pelo qual* julgou *improcedente a acção e absolveu o R. do pedido*."²³⁶

A Autora interpôs recurso de apelação e, na sequência, decidiu-se a improcedência da apelação absolvendo o Réu de todo o pedido, por não se considerar que os factos invocados preenchem os requisitos do art.º 1792.º, n.º 1.

²³³ Ac. do TRL de 9 de Abril de 2013, cit., p. 9.

²³⁴ Op. cit., p. 10.

²³⁵ Ac. do STJ de 17 de Setembro de 2013, Relator Mário Mendes, processo n.º 5036/11.3TBVNG.P1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ccc15114e075480a80257be9004b6d9d?OpenDocument>.

²³⁶ Op. cit., pp. 2 e 3.

A Autora recorreu para o STJ alegando que o TRP considera que o 1792º, n.º 1 apenas permite a indemnização pelos danos decorrentes dos efeitos do divórcio, o que não corresponde ao verdadeiro regime deste artigo. A referida disposição legal, “consagra, porém, a indemnização pelos danos resultantes da violação dos deveres conjugais, os quais representam uma causa de pedir da acção de responsabilidade civil aludida”²³⁷. Segundo ela, tratava-se, sinteticamente, de saber qual a interpretação dada ao artigo 1792º pós - “Reforma de 2008”.

O STJ entende que com “a nova redacção dada ao artigo 1792º pela Lei nº 61/2008, de 31/10 permite-se que o cônjuge lesado possa intentar acção para efectivação de responsabilidade civil nos tribunais comuns, fazendo-o nos termos gerais dos artigos 483º e seguintes.”²³⁸ Aplica igualmente o regime da responsabilidade civil extracontratual aos casos de reparação dos danos fundados no artigo 1792º e, como tal, cabe ao cônjuge lesado apresentar a provas dos factos.

O STJ entende que a posição sustentada no acórdão recorrido sobre o art.º 1792.º não tem qualquer suporte legal, “não cabendo na letra nem no espírito da actual redacção do artigo (...), uma vez que de acordo com essa actual redacção quer os danos eventualmente decorrentes da dissolução do casamento quer os que resultem de factos (ilícitos) que possam ter ocorrido durante a relação conjugal, são indemnizáveis nos termos do regime geral da responsabilidade civil.”²³⁹. Por conseguinte, o STJ concedeu a revista e anulou o acórdão recorrido.

Acórdão do STJ de 12 de Maio de 2016 ^{240/241}:

O Tribunal, na sua decisão, começa por fazer um breve enquadramento reportando ao regime anterior à “Reforma de 2008”. Assim, esclarece que, durante a vigência do art.º 1792.º, na redacção da “Reforma de 77”, desenhavam-se na doutrina nacional, duas teorias relativamente à indemnização por violação dos deveres conjugais pessoais: a tradicional, negava este direito, fundamentando-se na teoria da fragilidade da garantia dos deveres conjugais; outra, que

²³⁷ Ac. do STJ de 17 de Setembro de 2013, cit., p. 3.

²³⁸ Op. cit., p. 4.

²³⁹ Op. cit., p. 5.

²⁴⁰ Ac. do STJ de 12 de Maio de 2016, Relator Tomé Gomes, processo n.º 2325/12.3TVLSB.L1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c56c09e13e9d3e7e80257fb1004ef1d5?OpenDocument>.

²⁴¹ Este acórdão foi mencionado, previamente, a propósito da intervenção oral da Doutora Eva Dias Costa explanada na nota de rodapé 178 do presente estudo. Nesta secção do estudo, pretendemos analisar o caso concreto subjacente à decisão do STJ.

sustentava a possibilidade de indenização do cônjuge lesado, até na constância do casamento, nos termos gerais da responsabilidade civil, fundamentando-se na definição dos direitos conjugais enquanto direitos subjetivos. A jurisprudência “foi abrindo caminho e sedimentando a orientação desta segunda perspectiva.”²⁴²

O STJ continua o seu enquadramento afirmando que a alteração legislativa em 2008 reforçou a segunda perspectiva, embora alguns autores afirmem que, face à abolição do divórcio-sanção, “a violação dos deveres conjugais pessoais deixou de merecer a tutela direta por via do instituto geral da responsabilidade civil”²⁴³. A jurisprudência tem continuado na linha da segunda perspectiva, nomeadamente no que concerne aos danos não patrimoniais, que pela sua gravidade mereçam a tutela do direito, pelo menos nos casos em que existe uma violação simultânea de deveres conjugais e de direitos de personalidade do cônjuge. A este propósito, já tivemos oportunidade de mencionar na sequência da opinião de ÂNGELA CERDEIRA²⁴⁴ e, após, reflexão, entendemos que não é necessária a violação simultânea para a aplicação do instituto da responsabilidade civil, uma vez que tanto os deveres conjugais enquanto obrigações jurídicas, como os direitos de personalidade, enquanto direitos absolutos, em caso de violação, isoladamente, podem ser ressarcidos.

Neste caso concreto, a Autora intentou ação declarativa contra o Réu a peticionar uma indenização, quer a título de danos patrimoniais, quer a título de danos não patrimoniais, pela violação dos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.

A 1ª instância julgou a ação parcialmente procedente e condenou o Réu a pagar indenização a título de danos não patrimoniais. O Réu recorreu para o TRL alegando, entre outras coisas, que a 1ª instância violou o disposto do art.º 1792.º que “não estabelece uma indenização em sede de responsabilidade civil decorrente da própria violação dos deveres conjugais, mas sim em sede de efeitos do divórcio”²⁴⁵, uma vez que a interpretação sistemática dos art.º 1790.º e ss. “nega a possibilidade de atribuir ao cônjuge lesado qualquer indenização por violação dos deveres conjugais”²⁴⁶.

²⁴² Ac. do STJ de 12 de Maio de 2016, cit., p. 2.

²⁴³ *Idem*.

²⁴⁴ Na página 30 do presente estudo.

²⁴⁵ Ac. do STJ de 12 de Maio de 2016, cit., p. 5.

²⁴⁶ Op. cit., p. 5.

O TRL revogou totalmente a decisão recorrida e absolveu o Réu do concreto pedido contra ele formulado. A Autora recorreu desta decisão para o STJ alegando, entre outros, que “violação dos deveres conjugais possibilita ao cônjuge lesado pedir indemnização pelos danos sofridos em consequência dessa violação, desde que se verifiquem os demais requisitos consubstanciadores da responsabilidade civil. Isto é, a tutela jusfamiliar dos deveres conjugais é compatível com a responsabilidade civil comum”²⁴⁷. Pelo que, desde que preenchidos os requisitos do artigo 483º e ss., os danos causados serão suscetíveis de ressarcimento.

O STJ concorda com esta interpretação do artigo e entende que se aplicará o regime da responsabilidade civil extracontratual. Para além disso, concede parcialmente provimento à revista, revogando o acórdão recorrido e julgando a ação, na parte impugnada, parcialmente procedente condenando o Réu a pagar indemnização a título de danos não patrimoniais, fundamentando-se no comportamento reiterado do réu censurável e imputável a título de culpa para a atribuição da indemnização. “Este juízo de censura não tem por base a mera opção de vida feita pelo réu de afastamento do lar conjugal, mas fundamentalmente o tê-lo feito, como o fez, sem consideração pela dignidade e autoestima da A.”²⁴⁸.

Conclusões

Atualmente, a jurisprudência portuguesa entende que a violação dos deveres conjugais, nomeadamente o dever de fidelidade, será ressarcido por recurso direto ao regime do 1792º que, por sua vez, remete para o regime geral da responsabilidade civil. Por diversas vezes, conseguimos concluir que os tribunais portugueses, em relação a este “regime geral”, entendem que serão aplicáveis as normas do art.º 483.º e ss., não fazendo referência ao regime da responsabilidade civil obrigacional.

Para além disso, não podemos esquecer que os danos não patrimoniais invocados pelos autores terão de ser graves o suficiente para merecerem a tutela do direito, não bastando assim, o mero desgosto.

Por fim, cumpre-nos destacar que as ações fundamentadas no art.º 1792.º, tal como o caso retratado no acórdão do TRL de 9 de Abril de 2013, podem ser instauradas ainda na

²⁴⁷ Ac. do STJ de 12 de Maio de 2016, cit., p. 7.

²⁴⁸ Op. cit., p. 34.

constância do casamento, posição esta já mencionada no presente estudo e defendida por autores como ÂNGELA CERDEIRA e JORGE DUARTE PINHEIRO.²⁴⁹

3. A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE DO TERCEIRO CÚMPLICE NA VIOLAÇÃO DO DEVER DE FIDELIDADE

Até este ponto do nosso estudo, tratámos da responsabilidade civil pelo incumprimento dos deveres conjugais, mais especificamente da violação do dever de fidelidade, entre cônjuges. Importa saber, agora, se o terceiro que interfere nas relações conjugais também pode ser responsabilizado pelo cônjuge lesado.

O Direito da Família tende, igualmente, a tratar da questão relativa à interferência de terceiros nas relações matrimoniais, nomeadamente a responsabilidade delitual da pessoa que manteve relações sexuais (ou sentimentais) com o cônjuge de outrem, isto é, o denominado “terceiro cúmplice do adultério”²⁵⁰. Este tema tem adquirido uma importância crescente pela tendência que se tem verificado na dedução de ações com vista o ressarcimento dos danos provocados pela violação dos deveres conjugais, desde logo, o dever de fidelidade.

Esta problemática surge na sequência do enfraquecimento do princípio da relatividade dos contratos, ou seja, os efeitos de um contrato celebrado entre duas pessoas apenas podem ser aproveitados pelos mesmos e, não prejudicarem os demais, tal como preconiza OTAVIO RODRIGUES JÚNIOR²⁵¹, a propósito do direito brasileiro, mas que neste aspeto se assemelha ao nosso ordenamento jurídico.

Assim, no Direito Brasileiro, OTAVIO RODRIGUES JÚNIOR entende que a violação do dever de fidelidade por interferência de um terceiro deverá ser analisada, de acordo com os “suportes fácticos que essa ofensa pode assumir”²⁵². Neste sentido, este autor exclui algumas hipóteses fácticas do âmbito do dever de fidelidade e da sua violação, desde logo quando o

²⁴⁹ Tese exposta no presente estudo na página 55 e 56.

²⁵⁰ Expressão utilizada por Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, cit., p. 714.

²⁵¹ Otavio Rodrigues JÚNIOR, “A Doutrina do Terceiro Cúmplice nas Relações Matrimoniais”, *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*, Coordenação de Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto, 1ª edição, 2ª tiragem, Editora Saraiva, 2011, pp. 32 e 33.

²⁵² Otavio Rodrigues JÚNIOR, “A Doutrina do Terceiro Cúmplice nas Relações Matrimoniais”, cit., p. 41.

cônjuge lesado conhece o terceiro e tolera a situação. No direito brasileiro não existe uma restrição à responsabilização do terceiro que existe no direito inglês e de que se falará de seguida. Contudo, entende-se que a atuação do terceiro não pode ser considerada ilícita à luz do dever conjugal de fidelidade, pois não é aplicada a ele, mas sim às partes contratuais do casamento. Não existe uma obrigação de respeitar o casamento alheio, nem tampouco a mera produção de prejuízos. Por conseguinte, no direito brasileiro não é possível aplicar a teoria do terceiro cúmplice no casamento. Em primeiro lugar, a conduta do terceiro não é ilícita, por ausência de norma ou princípio que assim o determine e em segundo lugar, inexistente conteúdo moral dominante que reprove este ato do terceiro, logo não se poderá aplicar a teoria da ofensa aos bons costumes²⁵³.

No Direito Inglês, a título exemplificativo, existe uma figura muito próxima, a “*tortious interference*, a interferência delitual”, que, por sua vez se divide em “*inducing breach of contract*, que permite a responsabilização aquiliana do terceiro que induz uma das partes do contrato ao seu descumprimento” ou que cria as condições para o incumprimento e a “*interference with prospective business relations, expectations, or advantage or with prospective economic advantage*, na qual o terceiro interfere nas relações negociais alheias, impedindo-o de celebrar um contrato, cujo aperfeiçoamento ocorreria se não houvesse a atuação deliberada do *tertious*”²⁵⁴.

Esta doutrina inglesa assenta em quatro características essenciais: em primeiro lugar, a existência de uma relação negocial entre as partes; em segundo lugar, o conhecimento desta relação pelo terceiro; em terceiro lugar, a intenção do terceiro de conduzir uma das partes ao incumprimento do contrato ou à não celebração do mesmo e, por último, a existência de dano na esfera jurídica do ofendido.

No Direito Português, esta problemática não tem solução consensual. Por um lado, CASTRO MENDES defende que “o terceiro cúmplice na violação do dever de fidelidade por

²⁵³ Cfr. Otavio Rodrigues JÚNIOR, “A Doutrina do Terceiro Cúmplice nas Relações Matrimoniais”, cit., pp. 43 e 45.

²⁵⁴ Op. cit. p. 33.

um dos cônjuges pode ser obrigado a indenizar os danos não patrimoniais infligidos ao cônjuge inocente”²⁵⁵.

Também CRISTINA DIAS entende que, tal como CASTRO MENDES, numa situação de adultério, “além do cônjuge prevaricador, o terceiro é também responsável perante o cônjuge lesado”²⁵⁶. Acrescenta ainda, que o terceiro perturbador na relação matrimonial, deverá indenizar o cônjuge lesado, não apenas nas situações de adultério, mas igualmente, nos casos em que o cônjuge se vê “impedido de desenvolver a sua relação matrimonial por dano causado por terceiro causador da morte ou lesão corporal do seu cônjuge”²⁵⁷.

Por outro lado, DIOGO LEITE CAMPOS e MÓNICA MARTINEZ CAMPOS²⁵⁸ excluem o dever de reparação por parte do terceiro cúmplice.

Em síntese, esta temática prende-se com a questão de saber se os deveres conjugais sexuais são ou não oponíveis *erga omnes*, pois não podemos esquecer que estes deveres são objeto de uma relação jurídica, da qual o terceiro não é parte. Assim, se “se concluir pela eficácia meramente interna dos referidos direitos, o problema da responsabilidade de terceiro fica liminarmente resolvido”²⁵⁹. Contudo, JORGE DUARTE PINHEIRO, entende que, apesar de direitos relativos, são oponíveis *erga omnes*, e esta eficácia externa baseia-se “na respectiva natureza comunitária, estatutária, num elemento que, portanto, os demarca nitidamente dos direitos de crédito”. Acrescenta ainda que é possível atribuir a estes deveres uma “dupla faceta”: a “par da vertente principal, que respeita unicamente ao comportamento recíproco dos cônjuges, (...) existe uma faceta instrumental, que respeita a terceiros, obrigando-os a não contribuírem para o incumprimento nem para a impossibilidade de cumprimento dos deveres a que os cônjuges estão reciprocamente vinculados”²⁶⁰.

Sendo certo, porém, que para que se constitua a obrigação de indemnização em relação ao terceiro prevaricador, é necessário o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil

²⁵⁵ João de Castro MENDES, *Direito da Família*, cit., p. 26.

²⁵⁶ Cristina DIAS, “Responsabilidade e indemnização por perda do direito ao débito conjugal – considerações em torno do art. 496º do Código Civil”, cit., p. 398, nota 14.

²⁵⁷ Op. cit., pp. 397 e 398, nota 14.

²⁵⁸ Diogo Leite de CAMPOS e Mónica Martinez de CAMPOS, *Lições de Direito da Família*, cit., p. 132.

²⁵⁹ Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, cit., p. 717.

²⁶⁰ Op. cit., pp. 717 e 718.

e, como não existe uma relação jurídica prévia entre terceiro e cônjuge lesado, apenas se poderão aplicar aqui as regras da responsabilidade civil aquilina.

Em Portugal, a eficácia externa das obrigações é uma temática controversa e, a este propósito, apenas se entende que o terceiro responde pela colaboração no incumprimento de um dever de outrem quando existe um ataque ao direito de crédito ou ao substrato do crédito (à prestação devida), ou seja, o terceiro é responsabilizado, nos termos da responsabilidade civil aquiliana, quando teve intenção de perverter o cumprimento da obrigação, por malícia ou deslealdade e, quando tenha conhecimento prévio da existência de um direito de crédito. MENEZES CORDEIRO²⁶¹ reconhece a eficácia externa das obrigações somente quando a ação do terceiro prejudique a titularidade do direito de crédito, uma vez que para se responsabilizar este terceiro, passar-se-ia necessariamente pelo preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil, desde logo a ilicitude e a culpa.

No presente estudo, excluímos a eficácia externa do dever de fidelidade na situação de adultério, quando o terceiro desconheça a existência do casamento. Contudo, admitimos que exista uma responsabilização do terceiro quando o cônjuge fique impossibilitado de desenvolver a relação conjugal por dano provocado por aquele, ou seja, quando a integridade física do cônjuge seja afetada. Assim, concluímos que não existe uma eficácia externa das obrigações nesta temática, mas entendemos que, em certos casos, o terceiro deve ser responsabilizado com recurso ao instituto da responsabilidade civil, sendo que o requisito da ilicitude será preenchido pelo mecanismo de supressão da lacuna referente à ofensa do limite ético-jurídico aqui presente – o abuso do direito, previsto no art.º 334.º.

4. AS REPERCUSSÕES DA VIOLAÇÃO DO DEVER DE FIDELIDADE: O CASO ESPECÍFICO DO NASCIMENTO DE UM FILHO FORA DO CASAMENTO

Por fim, cumpre-nos refletir sobre as consequências que se podem associar, juridicamente, ao pedido de indemnização por violação do dever de fidelidade, quando das relações extramaritais nasce um filho que não é do cônjuge. A situação é particularmente

²⁶¹ Vide Menezes CORDEIRO, *Tratado do direito civil português: Direito das Obrigações*, Volume II, Tomo I, Coimbra, Edições Almedina, S.A., Outubro de 2009, pp. 400 e ss.

relevante quando o adultério é praticado pela mulher e a paternidade é fixada em relação ao seu marido, por força da presunção prevista no art.º 1796.º, n.º 2.

A este propósito, iniciaremos a exposição abordando o *Gesetz zu “Kuckuckskinder”*, proposto pelo *Bundesregierung*, decorrente de um caso tratado no *Bundesverfassungsgerichts*, em Fevereiro de 2015, que remete para a situação específica do nascimento de um filho fora do casamento por violação do dever de fidelidade por parte do cônjuge do sexo feminino.

Após a referência a este Projeto-Lei, terminaremos com a alusão a esta mesma questão no Direito Português, abordando a situação apresentada ao Tribunal Judicial da Comarca de Aveiro em Setembro de 2016 que, resumidamente, consiste num pedido de impugnação de paternidade e num pedido de indemnização por parte do Autor que, ao final de 15 anos, descobriu que não era o pai biológico da criança.

4.1. O caso alemão: Gesetz zu “Kuckuckskinder”²⁶² – Gesetzentwurf der Bundesregierung

Atualmente, na Alemanha, estima-se que uma em cada dez crianças²⁶³ seja resultado de uma situação de adultério perpetrada pelo cônjuge do sexo feminino. Neste contexto, o Ministro da Justiça Federal, Heiko Maas, propôs uma alteração legislativa, na sequência da decisão do *Bundesverfassungsgerichts*, em Fevereiro de 2015, e perante alguns problemas suscitados pela legislação em vigor à época, nomeadamente o prazo de dois anos para contestar a paternidade por parte do homem que tenha dúvidas sobre a mesma e pela impossibilidade dos seus herdeiros continuarem a ação no caso falecimento do marido^{264/265}. A alteração legislativa visa a

²⁶² A expressão “*Kuckuckskinder*” em português traduz-se para “filhos do cuco” e ao longo da análise da proposta legislativa, facilmente compreendemos a metáfora aqui usada, uma vez que os cucos, por natureza, não se dedicam a construir ninho, mas sim a colocar os seus ovos nos ninhos dos pássaros de outras espécies para que estes os choquem.

²⁶³ Heiko Maas – Minister will Mütter zur Auskunft über leiblichen Vater verpflichten, Zeit Online, Agosto de 2016, disponível em <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2016-08/heiko-maas-kuckuckskinder-mutter-sexualpartner-auskunftspflicht>. Contudo, esta estatística é contestada e apresentam-se outros valores, desde logo uma média de 0,8%, na entrevista de Christian NEEB, *Auskunftspflicht zu Kuckuckskindern* - “Das Gesetz beschneidet die Rechte der Scheinväter”, Spiegel Online, Agosto de 2016, disponível em <http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/kuckuckskinder-familienrechtsanwaeltin-zum-neuen-gesetz-a-1110332.html>.

²⁶⁴ Christian NEEB, *Auskunftspflicht zu Kuckuckskindern* - “Das Gesetz beschneidet die Rechte der Scheinväter”, cit.

²⁶⁵ Alteração legislativa disponível em http://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Scheinvaterregress.html;jsessionid=0FB338D2A4F5D0125693710B33152871.1_cid334?nn=6704238.

imposição de uma obrigação legal da mãe revelar a identidade do homem ou homens com quem manteve relações sexuais no período legal de concepção de forma a identificar o pai biológico, desde que já exista uma ação de impugnação da paternidade.

A decisão do *Bundesverfassungsgerichts*²⁶⁶, supramencionada, surgiu na sequência de uma ação intentada pelo marido depois da sua esposa admitir que ele não era o pai biológico da criança. O Autor da ação, por várias vezes, tentou que esta identificasse o pai biológico, com vista a compensação dos alimentos prestados durante o período do tempo que acreditou que era o pai biológico. Contudo, o Tribunal entendeu que não existia nenhuma obrigação legal para que a Ré revelasse a informação respeitante à identidade e, entendeu que tal informação constituiria uma séria ameaça ao direito à privacidade da esposa²⁶⁷.

Assim, estamos perante uma alteração legal que, de acordo com o Ministro da Justiça Heiko Maas, “*make it easier to resolve who was responsible for paying child support*”²⁶⁸ e, prevendo-se uma compensação dos alimentos prestados até dois anos antes do conhecimento²⁶⁹. Este limite temporal proposto pelo Ministro da Justiça, tem como fundamento a intenção de não destabilizar a vida familiar durante um largo período de tempo²⁷⁰. Este projeto-lei, que visa uma maior proteção legal para os “*sham fathers*”^{271/272}, prevê, contudo, algumas exceções em que é permitido o silêncio da mulher, nomeadamente, quando por razões sérias esta não puder revelar a identidade do pai biológico²⁷³.

²⁶⁶ Amplamente desenvolvida no artigo do Bundesverfassungsgericht intitulado *A Right of the Apparent Father to Information Concerning Sexual Relations of the Mother Requires a Specific Statutory Basis*, disponível em http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2015/bvg15-016.html?jsessionid=49410534E3204B080CA9DF0BE241BC43.2_cid393.

²⁶⁷ Tal como consta no artigo Heiko Maas – *Minister will Mütter zur Auskunft über leiblichen Vater verpflichten*, cit.

²⁶⁸ Amy PACKHAM, *Mums May Be ‘Forced’ To Name Child’s Biological Father In Paternity Cases With Proposed German Law - It will be easier to resolve who should pay child support*, Huffington Post, Agosto de 2016, disponível em http://www.huffingtonpost.co.uk/entry/german-law-women-name-biological-father_uk_57c55593e4b094071b4c93cc.

²⁶⁹ *Gesetz zu “Kuckuckskindern” - Mütter müssen leiblichen Vater nennen*, Tagesschau.de, Agosto de 2016, disponível em <https://www.tagesschau.de/inland/kuckuckskinder-auskunftspflicht-101.html>.

²⁷⁰ *Kuckuckskinder - Mütter sollen zur Auskunft über Sexualpartner verpflichtet werden*, Spiegel Online, Agosto de 2016, disponível em <http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/kuckuckskinder-muetter-sollen-zur-auskunft-ueber-sexualpartner-verpflichtet-werden-a-1109927.html>.

²⁷¹ Amy PACKHAM, *Mums May Be ‘Forced’ To Name Child’s Biological Father In Paternity Cases With Proposed German Law - It will be easier to resolve who should pay child support*, cit.

²⁷² Ou “*scheinvater*”: homens que descobrem que não são os pais biológicos.

²⁷³ *Kuckuckskinder - Mütter sollen zur Auskunft über Sexualpartner verpflichtet werden*, cit.

Esta proposta não é de todo consensual e várias são as vozes que se erguem contra, nomeadamente, KATJA KEUL²⁷⁴ que critica esta decisão, pois impor à mãe a revelação da identidade dos seus parceiros sexuais será, desde logo, violador dos seus direitos de personalidade, máxime do seu direito à intimidade da vida privada. Assim, “*Der Auskunftsanspruch sollte daher die Ausnahme und nicht die Regel sein*”²⁷⁵.

Por seu turno, KERSTIN AUST entende, que na prática, já era possível chegar-se a esta mesma solução sem a alteração legal, uma vez que seria possível aplicar uma coima administrativa seguida por uma detenção, igualmente, administrativa caso a mulher não quisesse revelar a informação²⁷⁶. Esta autora esclarece ainda, que o limite temporal de dois anos previsto na alteração legal vem prejudicar e restringir o direito dos “*scheinvater*”, uma vez que, de acordo com a lei vigente em Agosto de 2016, podiam peticionar do pai biológico todas as despesas realizadas desde o nascimento do filho. Para além disso, com a entrada em vigor do Projeto-Lei e caso nos últimos dois anos o pai não biológico não tenha prestado qualquer alimento, não poderá peticionar qualquer valor ao pai biológico mesmo que tenham decorridos, por exemplo, 18 anos desde o nascimento da criança.

Independentemente da posição dos três principais prejudicados nestas situações de fraude na paternidade – a criança, o pai biológico e o homem que foi falsamente identificado pela mãe como pai da criança – é de extrema importância colocarmos a primeira vítima em lugar de destaque e, tal como a autora supra-referida defende: “*Es hilft den Kindern nicht, wenn die Erwachsenen lange ein Familiengeheimnis daraus machen*”²⁷⁷.

A alteração legal introduz no § 1607º do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)²⁷⁸, por um lado, o direito à informação por parte do pai não biológico, sobre a identidade do verdadeiro pai da criança, e, por outro lado, o dever da mãe prestar esta mesma informação terminando com uma cláusula aberta quanto à exceção. O dever de informação existirá se não estivermos perante razões sérias para a mãe manter o silêncio. Muitas são as dúvidas que este regime nos

²⁷⁴ Conforme consta no artigo *Gesetz zu "Kuckuckskindern" - Mütter müssen leiblichen Vater nennen*, cit.

²⁷⁵ O direito à informação deve, portanto, ser a exceção e não a regra. Cfr. *Gesetz zu "Kuckuckskindern" - Mütter müssen leiblichen Vater nennen*, cit.

²⁷⁶ *Apud* Christian NEEB, *Auskunftspflicht zu Kuckuckskindern - "Das Gesetz beschneidet die Rechte der Scheinväter"*, cit.

²⁷⁷ Não ajuda de forma alguma as crianças, se os adultos fazem da sua família um segredo. Cfr. Christian NEEB, *Auskunftspflicht zu Kuckuckskindern - "Das Gesetz beschneidet die Rechte der Scheinväter"*, cit.

²⁷⁸ Código Civil Alemão.

suscita. O que deve entender-se por razões sérias? Parece-nos que esta cláusula aberta terá de ser integrada, em primeira linha pelo intérprete, e, posteriormente, pelo julgador. Será que apenas se enquadram aqui situações em que a mãe foi vítima de um crime sexual do qual surgiu a criança e, para não estarmos perante um fenómeno de vitimização secundária, esta não é forçada a revelar a identidade do perpetrador?

Quanto ao § 1613º, n.º 3, do BGB, esta alteração legal introduz aqui a limitação temporal de 2 anos, apresentando no n.º 4 do mesmo artigo a justificação já aludida para este limite temporal: a não desestabilização da vida familiar.

4.2. Outros casos

Estas situações não são exclusivas ao Direito Alemão e, até, o *Canadian Children's Right Council* trata a problemática da “*paternity fraud*”²⁷⁹ ou “*child identity fraud*”²⁸⁰ que se caracteriza pela fraude permanente perpetrada pela mulher que tem conhecimento, ou deveria ter, da identidade do pai biológico e, ainda assim, identifica falsamente um homem como pai biológico da criança, regra geral o seu companheiro ou marido. Esta instituição considera a “*child identity fraud*” como violadora dos direitos das crianças ao conhecimento da sua identidade biológica e da identidade do seu pai biológico²⁸¹. Temos ainda aqui que referir que a correta identificação da criança e dos seus progenitores é essencial para a descoberta de doenças genéticas ou de outra natureza.

Também em Espanha esta situação foi debatida nos Tribunais, nomeadamente no Ac. do Tribunal Supremo de Madrid, Recurso n.º 12/1995²⁸² onde o Autor, Don Alfonso, reclamou junto da Ré, Sr.ª Carolina, com quem esteve casado, o pagamento dos alimentos prestados ao menor, Don Carlos José, durante o período de tempo em que acreditou que este era seu filho e

²⁷⁹ Cfr. noção fornecida por Roger F. GAY, *A Woman's Right to be Criminal*, Canadian Children's Rights Council, 5 de Dezembro de 2002, disponível em http://canadiancrc.com/Newspaper_Articles/Fathering_Magazine_Woman_Has_Right_to_be_Criminal_05DEC02.aspx.

²⁸⁰ Canadian Children's Rights Council, *Child Identity Rights, Child Relationship and Paternity Testing*, disponível em http://canadiancrc.com/Non-Invasive_Paternity_DNA_Testing_DNA_Child_Identity_Rights_Canada_USA/Paternity_testing_DNA_Child_identity_rights_Canada.aspx

²⁸¹ Op. cit.

²⁸² Ac. do Tribunal Supremo de Madrid, Recurso n.º 12/1995, recurso de casación, disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2943372&links=%2212%2F1995%22&optimize=20031203&publicinterface=true>.

o pagamento de uma indemnização pelos danos morais provocados pela atitude desta e pelo seu comportamento doloso ao ocultar a verdadeira paternidade.

Esta ação intentada por Don Alfonso, surge na sequência da declaração de nulidade do casamento por sentença de 17 de Novembro de 1977 proferida pelo Tribunal Eclesiástico de Rabat, ratificado por sentença de 11 de Janeiro de 1978 do Tribunal de Angers. A 17 de Janeiro de 1990 o Autor e o seu pretenso filho dirigiram-se ao Laboratório de biologia forense da Escuela de Medicina Legal de la Universidad Complutense de Madrid, para realizar a prova para a ação de investigação de paternidade em relação a todas as partes no processo: Don Alfonso, Don Carlos José e Don Armando. O exame exclui a paternidade do Autor e demonstra, como praticamente provada, a paternidade de Don Armando.

A propósito da ação intentada por Don Alfonso para a restituição dos alimentos prestados e o pagamento da indemnização pelos danos morais, a Primeira Instância, n.º 63 de Madrid, em sentença de 1 de Setembro de 1993, absolveu a Ré das pretensões contra ela intentadas.

O Tribunal Supremo de Madrid entendeu que não é possível qualificar a atuação da Ré como dolosa ao ocultar de Don Alfonso a identidade do pai do menor nascido dentro do casamento, uma vez que esta desconhecia, até à realização dos exames científicos, que o pai de Carlos não era o Autor. Em relação à indemnização pelos danos morais, o Tribunal entendeu que, apesar de esta se encontrar prevista no artigo 1902º do Código Civil Espanhol, não é aplicável à hipótese *sub judice*, uma vez que falta o requisito do comportamento doloso por parte da Ré. Por conseguinte, o “recurso de casación”²⁸³ interposto por Don Alfonso não procedeu.

A fazer fé nos meios de comunicação social²⁸⁴, recentemente uma situação semelhante, embora não respeitasse a uma relação matrimonial, foi retratada em Portugal, numa ação

²⁸³ Ac. do Tribunal Supremo de Madrid, Recurso n.º 12/1995, cit., p. 4.

²⁸⁴ João Paulo COSTA, *Processa mulher após 15 anos a pensar que era pai da filha*, Jornal de Notícias, 23 de Setembro de 2016, disponível em <http://www.jn.pt/justica/interior/processa-mulher-apos-15-anos-a-pensar-que-era-pai-da-filha-5404487.html>.

apresentada no Tribunal Judicial da Comarca de Aveiro, questão que passaremos a analisar de seguida²⁸⁵.

4.3. A questão no Direito Português

No Direito Português, tal como já mencionado *supra*, verificamos recentemente uma situação apresentada perante os Tribunais de um pai que durante 15 anos constou no registo e viveu como sendo o pai de uma criança, quando, na realidade, por questões fisiológicas, não podia procriar. Tratou-se de uma situação surgida no âmbito de uma relação de união de facto.

Vamos agora proceder à análise desta problemática inserindo-a num contexto de casamento, onde opera a presunção de paternidade do art.º 1796.º, n.º 2, e não apenas, como na hipótese *sub judice*, numa conjuntura de união de facto^{286/287}. Esclarecemos, desde já, que o objeto do nosso estudo neste capítulo limita-se às relações estabelecidas entre os cônjuges ou ex-cônjuges e não do filho/a em relação à mãe que escondeu a identidade do pai biológico.

²⁸⁵ Em Setembro de 2016, um homem descobriu, ao final de 15 anos, que não podia ser o pai da criança que tinha registada como sendo sua filha, na sequência desta descoberta interpôs uma ação de impugnação da paternidade com a alteração do assento de nascimento da menor e a, conseqüente, condenação ao pagamento de uma indemnização no valor de 17 mil euros (10 mil euros a título de danos não patrimoniais e 6.350 euros relativos à pensão de alimentos da menor). Esta história iniciou-se em 1999, quando A. e B. iniciaram uma relação amorosa e, pouco tempo depois, B. informou o seu companheiro que se encontrava grávida dele e, em 2000, nasceu a filha de ambos. A união de facto prolongou-se até 2010, tendo terminado por iniciativa de A., por suspeita de infidelidade de B. A desconfiança de que não seria o pai biológica da menor aumentou a partir de 2012 e, em 2014, confirmou, através da realização de exames médicos, que não podia ser pai. A sua desconfiança legitimou-se com este diagnóstico e decidiu realizar um teste de paternidade. O teste de ADN efetuados a A, a B. e à filha menor, confirmou que aquele não é o pai biológico desta. O autor da ação de impugnação da paternidade sente que durante 15 anos, foi enganado pela mulher e todos estes acontecimentos, provocaram uma depressão a A., que se sente humilhado perante a família e a comunidade. Analisando esta situação, que chegou recentemente aos Tribunais portugueses, podemos compreender que estamos aqui perante dois problemas distintos, mas interligados: por um lado, a indemnização pelos danos morais provocados pela violação do dever de fidelidade e pela descoberta da fraude da paternidade e, por outro lado, a restituição dos alimentos prestados à menor, no valor de 6.350 euros.

²⁸⁶ Na hipótese exposta na nota de rodapé anterior, como os pretensos pais apenas tinham vivido em união de facto, não havia aqui lugar a um dever de fidelidade, enquanto, obrigação jurídica, exclusivamente, aplicável às partes que celebrem o contrato de casamento. Assim, podemos questionar, se na ausência desta obrigação, faz ou não sentido peticionar uma indemnização pelos danos morais decorrentes da descoberta da falsa paternidade, uma vez que não estamos aqui a partir de um contrato com deveres associados. O nosso ordenamento jurídico não parece conter uma solução jurídica que confira aqui um cariz ilícito à atuação da mãe, pois não existe aqui um dever de informação, nem tampouco um dever conjugal. Mas fará aqui sentido distinguir a filiação estabelecida no âmbito da união de facto e a filiação no âmbito matrimonial? Discordamos desta distinção, apesar de institutos com naturezas diferentes, têm vindo a aproximar-se e, neste ponto, o engano encetado, quer na união de facto, quer no âmbito matrimonial, devem ter tratamentos semelhantes e os danos morais produzidos pela descoberta da verdade deverão ser ressarcidos com fundamento no instituto da responsabilidade civil.

²⁸⁷ Fazendo um paralelismo com a situação de união de facto, aqui apesar de não existir o dever de informação, já estamos perante um conjunto de deveres conjugais que impõe determinadas condutas aos cônjuges, pelo que concluímos, ao contrário da hipótese *supra*, entendemos que o nosso ordenamento jurídico oferece mais do que uma solução para a atuação, do nosso ponto de vista, ilícita da esposa.

No decorrer deste estudo fomos compreendendo que é unânime na nossa doutrina e jurisprudência atuais a possibilidade de peticionar uma indemnização pelos danos, quer patrimoniais, quer morais, na violação dos deveres conjugais, nomeadamente, o dever de fidelidade, desde que preenchidos os pressupostos do instituto da responsabilidade civil, independentemente do regime específico da responsabilidade, até porque os requisitos são praticamente comuns, quer na responsabilidade aquiliana, quer na responsabilidade contratual.

A descoberta da falsa paternidade e da violação do dever de fidelidade, à primeira análise, parecem preencher os requisitos do instituto da responsabilidade civil. Deixando aqui de parte, por uns momentos a violação do dever de fidelidade, pois já foi exaustivamente tratado *supra*, importa aqui, justificar, à luz do nosso ordenamento jurídico, a ilicitude da atuação da esposa quando esconde do seu marido a verdadeira identidade do pai biológico.

No nosso entendimento, apesar de não existir uma obrigação legal de revelação da identidade do pai biológico como corolário de um dever geral de informação, como na proposta de lei alemã, podemos, antes de mais, invocar o dever conjugal de respeito, quer na sua vertente positiva, quer na vertente negativa²⁸⁸, como fundamento para o preenchimento do requisito da ilicitude da responsabilidade civil contratual. Assim, o dever de respeito funciona, aqui, como uma obrigação positiva da mãe revelar a identidade do pai biológico e como uma obrigação negativa de não esconder uma informação que afeta diretamente os direitos de personalidade do homem a quem é atribuída uma falsa paternidade²⁸⁹.

Ainda que não se considere o dever de respeito como resposta bastante para esta atuação, nomeadamente no que concerne ao preenchimento do requisito da ilicitude, oferecemos aqui como uma possível solução jurídica o princípio da boa-fé²⁹⁰, não só enquanto cláusula geral,

²⁸⁸ Por questões de economia, remetemos para a p. 39 do presente estudo, onde há lugar ao tratamento do dever de respeito.

²⁸⁹ Sobre os deveres de informação entre cônjuges, no âmbito da relação matrimonial, *vide* Rute TEIXEIRA PEDRO, *Convenções matrimoniais: A autonomia na conformação...*, cit., ainda inédito, pp. 575 e ss.

²⁹⁰ Trazendo também à colação o princípio da boa-fé para fundar deveres de informação entre os cônjuges, Rute TEIXEIRA PEDRO, *idem*.

mas também com especial incidência nas obrigações, incidência esta que nos interessa para o objeto deste estudo e que se encontra prevista no art.º 762.º, n.º 2^{291/292}.

O nosso ordenamento jurídico acolhe a boa fé de diferentes perspetivas: a boa fé objetiva, ou seja, enquanto “norma de conduta” e a boa fé subjetiva, como “consciência ou convicção justificada de se adoptar um comportamento conforme ao direito”²⁹³. Para PEDRO ROMANO MARTINEZ, o “comportamento imposto (*no art.º 762º*)”²⁹⁴ advém de um princípio da boa fé objectiva no cumprimento da prestação”²⁹⁵, que necessitará de ser determinado face às várias situações em concreto, ou seja, será necessária uma “«concretização»”²⁹⁶.

No Direito das Obrigações, o princípio da boa fé assume um papel de princípio normativo e exprime-se através de cláusulas gerais, como a do art.º mencionado, que se destina a “conferir ao juiz, como «operador jurídico», ampla margem de liberdade de apreciação em cada caso concreto”²⁹⁷. A boa fé objetiva, neste contexto, assume aqui um conteúdo valorativo de, pela perspetiva positiva, se agir com lealdade e, sob o ângulo negativo, de não se agir deslealmente²⁹⁸. A propósito da boa fé objetiva, podemos aqui referir o seu papel da determinação da culpa, assim, sempre que “da boa fé, derivem regras de conduta e que, pela violação destas, se pergunte por eventual dever de indemnização, a culpa intervém, no papel normal que lhe compete”, ou seja, a violação da norma, é doloso ou negligente “consoante o agente tenha atentado directa, necessária ou eventualmente contra o bem acautelado pela boa fé ou o tenha feito, apenas, com desrespeito por deveres de cuidado”²⁹⁹.

²⁹¹ Este artigo tem como aproximação teleológica o § 242 do BGB que “adstringe o devedor a efectuar a prestação de acordo com o que a boa fé (*Treu und Galuben*) reclama” in Manuel António CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Reimpressão da Edição de Fevereiro de 2004, Coimbra, Almedina Editora, S.A., Outubro de 2007, p.431, nota de rodapé 438.

²⁹² Este art.º refere-se ao cumprimento das obrigações e cumpre aqui salientar que, dado que entendemos os deveres conjugais como obrigações jurídicas, este art.º também poderá ser aplicado neste contexto jurídico-familiar, com as necessárias adaptações.

²⁹³ Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 119.

²⁹⁴ Itálico e art.º colocado por nós.

²⁹⁵ Pedro Romano MARTINEZ, *Direito das Obrigações – Programa 2010/2011 – Apontamentos*, 3ª Edição, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2011, p. 249.

²⁹⁶ Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 995.

²⁹⁷ Op. cit., p. 121.

²⁹⁸ Vide op. cit., p. 122.

²⁹⁹ Menezes CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Vol. II, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Livraria Almedina, 1984, p.1225.

Por conseguinte, recorrendo ao critério adotado no nosso ordenamento jurídico para determinação da culpa³⁰⁰, questionamos o que faria o bom pai de família na hipótese em que a esposa tem conhecimento de que o seu marido não é o verdadeiro pai biológico, mas sim um terceiro?

Entendemos que a mulher que tem este conhecimento e decide, de sua livre vontade, abster-se de revelar essa informação ao seu marido age contra o princípio de boa fé previsto do artigo 762º, n.º 2 e, como tal, não só ilicitamente, mas também culposamente, na modalidade de dolo.

Em relação à outra questão levantada perante o Tribunal de Aveiro, mas que aqui podemos extrapolar para uma situação de casamento entre as partes envolvidas - a restituição dos alimentos prestados - não parece que esta tenha cabimento, muito menos em relação à mãe da menor.

Numa sociedade que cada vez mais se aproxima de uma construção de família baseada na afetividade, de acordo com a qual, os laços de filiação estabelecem-se com base na afetividade estabelecida entre os membros da família, ou seja, “a maternidade e a paternidade devem ser entendidas como uma relação afetiva, não como um mero vínculo sanguíneo, baseado nos direitos dos pais e destituído de afectos”³⁰¹, afastando-se do princípio do biologismo, princípio segundo o qual a filiação se estabelece, de acordo, com os laços biológicos entre os membros da família, através de exemplos como a adoção e a procriação medicamente assistida, prevista na Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, sucessivamente alterada, que recentemente passou a permitir a maternidade de substituição em determinadas circunstâncias³⁰², não faz aqui sentido, peticionar a restituição dos alimentos que têm como único beneficiário a menor e não a sua mãe.

Ainda a propósito da ligação afetiva entre os sujeitos pertencentes à família, podemos aqui questionar qual a relação do afeto com o Direito e se faz ou não sentido falarmos aqui da aproximação à afetividade em detrimento do biologismo. JORGE DUARTE PINHEIRO

³⁰⁰ Referido na p. 19 do presente estudo.

³⁰¹ Carla Patrícia Pereira OLIVEIRA, *Entre a Mística do Sangue e a Ascensão dos Afetos: O Conhecimento das Origens Biológicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 141.

³⁰² Vide op. cit., pp. 69 e ss., 141 e 142.

responde-nos, afirmando que o Direito e o Afeto não são necessariamente incompatíveis, aliás, este último é apresentado “nos Países latinos como um valor do Direito da Família actual”³⁰³. Esclarece que, atualmente, o critério biológico ainda tem prevalência no nosso ordenamento jurídico, nomeadamente na constituição do vínculo de filiação em sentido estrito (art.º 1586.º), pois supõe que “existe uma convergência com o critério social”³⁰⁴. Existem algumas situações previstas no nosso ordenamento, onde o critério social ou afetivo dá sinais: a admissibilidade de adoção, enquanto “maior expressão autónoma do vínculo baseado em afectos”³⁰⁵; a definição dos titulares da guarda física e das responsabilidades parentais e, ainda em relação a este último, “o critério social é usado para *desempatar* o que resulta do critério biológico”³⁰⁶.

De igual forma, GUILHERME DE OLIVEIRA afirma que o “valor de pertença que o sangue continha não se perdeu de todo nos sistemas jurídicos modernos, mas os vínculos de consanguinidade passaram a sofrer a *concorrência dos afectos como critério de vinculação*”³⁰⁷, nomeadamente: na transição de uma família consanguínea para uma “*família conjugal*”; a própria “*formação do vínculo matrimonial*” que já não está sujeita à autorização dos pais e da família consanguínea; a tutela da união de facto e a “relevância crescente da pequena família de afectos” e a mutação do próprio ato de casamento que, por um lado, deixou de ser um mero acordo patrimonial entre famílias e, por outro lado, a introdução do casamento baseado no romanticismo e na individualidade dos nubentes³⁰⁸.

Regressando à hipótese em análise, a única solução compreensível seria a restituição dos alimentos prestados peticionados contra o pai biológico, tal como no panorama alemão e, mesmo assim, colocamos aqui reservas, pois apesar de não existir um laço sanguíneo, no caso concreto entre o Autor e a menor, mas facilmente transposto para a generalidade das situações, é impossível descurar e ignorar a afetividade, quando assim aconteça, estabelecida entre as crianças e os pais não biológicos, quer seja ao longo de 5 ou de 15 anos.

³⁰³ Jorge Duarte PINHEIRO, “Critério Biológico e Critério Social ou Afectio na Determinação da Filiação e da Titularidade da Guarda dos Menores”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 9, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 7.

³⁰⁴ Op. cit., p. 9.

³⁰⁵ Guilherme de OLIVEIRA, “O Sangue, os Afetos e a Imitação da Natureza”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 10, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 8.

³⁰⁶ Jorge Duarte PINHEIRO, “Critério Biológico e Critério Social ou Afectio ...”, cit., p. 10.

³⁰⁷ Guilherme de OLIVEIRA, “O Sangue, os Afetos e a Imitação da Natureza”, cit., 2008, p. 9.

³⁰⁸ Vide op. cit., p. 9 a 13.

Questionando aqui se fará ou não sentido a aplicação do instituto do enriquecimento sem causa, previsto no art.º 473.º e ss., mais concretamente o disposto no art.º 477.º quanto ao cumprimento de obrigação alheia na convicção de que é própria, sendo que, para que se recorra a este instituto, é necessário, tal como dispõe o art.º 474.º, que se utilizem, primeiramente, todas as outras soluções, pois estamos perante um instituto de natureza subsidiária. Face ao exposto, parece que bastará o recurso ao instituto da responsabilidade civil, sem recorrer ao enriquecimento sem causa.

É, aqui, necessário recordar que a criança é, no nosso entender, a principal vítima nestas situações e, neste caso, ao fim de 15 anos descobre que aquela pessoa afinal não é o seu pai biológico. Podemos ignorar o sofrimento e a angústia de uma criança numa situação semelhante a esta? E o superior interesse da criança? *Quid iuris?*

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegados ao final deste estudo cumpre-nos destacar algumas conclusões sobre os diferentes pontos versados ao longo do mesmo.

Podemos, desde já concluir, que o divórcio, como mecanismo tradicional de reação ao incumprimento dos deveres conjugais, já não é hoje a solução jurídica para a violação destes deveres. Se, no passado, esta violação era, não só, uma das causas de divórcio, prevista no alterado art.º 1779.º, como também, uma vez dissolvido o casamento, desencadeava um conjunto de efeitos patrimoniais, de acordo, com a aferição do grau de culpa no divórcio, de cada um dos cônjuges. Atualmente, por força da “Reforma de 2008”, uma vez que não existe uma aferição de culpa do comportamento dos cônjuges, o incumprimento dos deveres conjugais torna-se irrelevante para a aferição dos efeitos patrimoniais do divórcio, ditando assim que os cônjuges, quer o cônjuge fiel, quer o infiel, se encontrem num patamar de igualdade para esta determinação.

Ultrapassado o mecanismo tradicional de reação do Direito da Família, entramos na reação comum ao incumprimento: a Responsabilidade Civil. Enquadrados os pressupostos para a aplicação deste instituto numa perspetiva geral, quer na modalidade Aquiliana, quer na modalidade obrigacional, concluímos que o Direito da Família e a Responsabilidade Civil só, recentemente, se começaram a interligar na nossa doutrina e na nossa jurisprudência. Desde logo, pelo contexto histórico de aplicação do princípio da *interspousal immunity*, princípio este que hoje rejeitamos veemente, uma vez que, cada cônjuge conserva a sua individualidade, preservando os direitos de personalidade, mesmo depois do casamento. Assim, concluímos que para preservar a unidade familiar, não podemos desresponsabilizar os cônjuges pelos seus atos na constância do casamento.

Contribuíram ainda para a mudança deste paradigma, em Portugal, a C.R.P. de 1976 e a “Reforma de 77” do Código Civil, onde se introduziu a versão originária do art.º 1792.º.

A propósito do art.º 1792.º, mais especificamente o n.º 1, a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro introduziu algumas alterações no regime jurídico do divórcio, nomeadamente: a referência aos danos não patrimoniais, como únicos danos ressarcíveis, desapareceu; autonomizou-se o pedido ressarcitório, em relação ao pedido de divórcio impondo-se que estes

sejam formulados em ações diferentes e atribui-se a competência aos tribunais comuns, em detrimento dos tribunais especializados em Direito da Família.

A Teoria da Fragilidade da Garantia fica assim, finalmente, ultrapassada, sendo possível, a cada cônjuge que sofra danos, na constância do casamento ou aquando do divórcio, intentar ação autónoma para reparação dos danos causados pelo incumprimento dos deveres conjugais, em particular, do dever de fidelidade.

Os deveres conjugais enunciados no art.º 1672.º têm uma natureza pessoal injuntiva que se traduzem em verdadeiras obrigações jurídicas e, não apenas, em deveres ético-morais resultantes do contrato de casamento. Para este estudo, realçamos o dever de fidelidade que, no nosso entendimento e no entendimento da jurisprudência e da doutrina maioritária em Portugal atuais, estabelece uma dupla vertente de abstenção: fidelidade física (dever de não praticar relações sexuais com terceiros) e fidelidade moral (dever de não manter ligações sentimentais com terceiros). A este propósito, excluímos do âmbito do dever de fidelidade o denominado “débito conjugal”, que, entendemos que se insere no dever de coabitação.

A proibição da manutenção de relações sexuais com terceiros não se destina apenas a evitar a conceção extramatrimonial e as complicações daí advenientes, no que concerne à presunção de paternidade do art.º 1826.º, n.º 1, mas sim pela imagem legal do casamento de tendencial comunhão plena de vida e, acima de tudo, monogâmico.

Partindo do pressuposto que os deveres conjugais são obrigações jurídicas e que o casamento é um contrato, à reparação dos danos resultante do incumprimento dos deveres conjugais, parece ser aplicável o regime da responsabilidade civil obrigacional. Este entendimento adotado comporta dois problemas: a presunção de culpa do art.º 799.º, n.º 1 e o âmbito dos danos ressarcíveis. Em relação ao primeiro problema, entendemos que esta presunção não é excessiva, pelo que se aplicará nestas circunstâncias, pois trata-se de uma presunção *iuris tantum*, por conseguinte, o cônjuge presumido incumpridor pode afastar a mesma. Quanto ao segundo, entende-se que são ressarcíveis quer os danos patrimoniais, quer os danos não patrimoniais e são também ressarcíveis, os danos provocados na constância do casamento e os danos provocados pela ação de divórcio.

Mesmo que não se entenda aplicável o regime da responsabilidade civil obrigacional, não deixará de se poder aplicar a responsabilidade civil aquiliana, por força da tutela da

personalidade, a que alguns deveres conjugais se reconduzem, uma vez que aos direitos familiares pessoais correspondem direitos de personalidade.

Em relação à concreta violação do dever de fidelidade, concluímos que esta pode ocorrer em situações muito especiais, especificamente, quando os cônjuges se encontrem separados de facto. Entendemos que apesar do dever de fidelidade não se extinguir, a violação do mesmo, nestas circunstâncias, não assume a mesma gravidade que assumiria se fosse perpetrado numa situação de plena comunhão de vida. Este é também o entendimento da jurisprudência do nosso STJ. Esta questão não deixa nenhuma dúvida caso se trata de uma separação de pessoas e bens, por força do disposto no art.º 1795.º - A.

De qualquer forma, após uma análise da jurisprudência portuguesa, concluímos que a violação do dever de fidelidade é fundamento suficiente para uma ação que vise a indemnização do cônjuge lesado, tal como já era no regime anterior a 2008, pela aplicação do regime geral da responsabilidade civil, por remissão do art.º 1792.º. Ao contrário da posição aqui por nós adotada, a nossa jurisprudência tende a aplicar a responsabilidade civil aquiliana.

Aferida a questão da responsabilidade civil entre os cônjuges pela violação do dever de fidelidade, partimos para o quesito da posição do terceiro cúmplice e, aqui, acompanhamos a posição da doutrina maioritária que exclui a eficácia externa das obrigações, mas apenas quando o terceiro desconhece a existência do casamento. Já na situação particular em que o cônjuge fique impossibilitado de desenvolver a relação conjugal por danos provocados pelo terceiro, entendemos que há sempre lugar à responsabilização do mesmo, quer tenha conhecimento do casamento, quer não tenha, no âmbito da responsabilidade civil aquiliana, por violação do direito à integridade física.

Por último, consideramos as repercussões da violação deste dever, desde logo, a possibilidade do recurso à via indemnizatória no caso específico do nascimento de um filho fruto da relação adulterina. Após uma análise detalhada do caso alemão, ordenamento jurídico que recentemente procedeu a uma alteração legislativa que introduziu a obrigação jurídica da mãe revelar, no decorrer de uma ação de impugnação de paternidade, a identidade do homem ou dos homens com que manteve relações sexuais no período legal de concepção, para facilitar a identificação do pai biológico, procedemos à apreciação desta hipótese no Direito Português,

proporcionada por uma situação apresentada no Tribunal Judicial da Comarca de Aveiro, de forma a entender qual a solução oferecida pelo nosso ordenamento.

Concluimos que esta hipótese parece preencher os requisitos da responsabilidade civil, podendo preencher-se o requisito da ilicitude por invocação do dever conjugal de respeito, quer na vertente positiva, quer na vertente negativa ou ainda que não se considere o dever de respeito como solução, é possível recorrer ao princípio da boa fé previsto no art.º 762.º, n.º 2, na vertente objetiva, ou seja, enquanto norma de conduta. Quanto ao requisito da culpa afirmamos que, utilizando o critério adotado no nosso ordenamento jurídico do *bonus pater familiae*, não restam dúvidas de que na situação fáctica analisada, também se encontrará preenchido.

Quanto aos alimentos prestados pelo marido, com a convicção de que era o pai biológico, consideramos que não parece possível peticioná-los em relação à mãe da criança, pois não é a beneficiária dos mesmos. A única solução que aqui admitimos, e com as devidas reservas, seria a restituição dos alimentos prestados peticionados contra o pai biológico, tal como opera no ordenamento jurídico alemão fruto da alteração legislativa mencionada *supra*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Felipe Cunha de, *Responsabilidade Civil no Direito de Família – Angústias e aflições nas relações familiares*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015, ISBN: 978-85-7348-967-5.
- ALONZO, Pamela Mendoza, “Daños morales por infidelidade matrimonial. Un acercamiento al derecho español”, in *Revista Chilena de Derecho y Ciencia- Política*, Volume 2, n.º 2, 2011, DOI: 10.7770/RCHDYCP – V2N2 – ART42, pp. 41 e ss.
- ALQUÉZAR, Aránzazu Novales, “Infedeltà coniugale e responsabilità civile in Italia e in Spagna”, *Comparazione e diritto civile*, disponível em http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/alquezar_infedelta.pdf, pp. 1 e ss.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª Edição Refundida, Coimbra, Almedina, Novembro de 2006, ISBN: 972-40-2443-1.
- BARBOSA, Mafalda Miranda, “Família e Responsabilidade Civil: Uma Relação Possível? Brevíssimo Apontamento”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 10, n.º 20, Julho/Dezembro de 2013, Coimbra, Coimbra Editora, Lda, 2013, ISSN: 1645-9660, pp. 61 e ss.
- CAMPOS, Diogo Leite de e CAMPOS, Mónica Martinez de, *Lições de Direito da Família*, 3ª edição revista e atualizada, Coimbra, Edições Almedina, S.A., Maio de 2016, ISBN: 978-972-40-6493-2.
- CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª edição revista e atualizada, Coimbra, Edições Almedina, S.A., Fevereiro de 1997, ISBN: 972-40-0993-9.
- CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva, “Reparação dos danos não patrimoniais causados pelo divórcio”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, Lda, 2004, ISBN: 972-32-1256-0, pp. 605 e ss.
- CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra, Coimbra Editora, Lda, Setembro de 2000, ISBN: 972-32-0970-5.

- CHORA, Andreia, PEREIRA, Rita, GARCIA, Sara, *Os Deveres Pessoais dos Cônjuges*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mlr_ma_10312.pdf.
- COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito a Família*, Volume I, “Introdução Direito Matrimonial”, 5.^a ed., e-book, disponível em http://www.centrodedireitodafamilia.org/files/ficheiros_apensos/eBook_-_Curso_de_Direito.pdf, 2016.
- COELHO, Francisco Pereira, “Comentário ao Ac. do STJ de 17 de Fevereiro de 1983”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 117, Nº 3718-3729, Coimbra, Coimbra Editora, Lda, Ano 1984-1985, pp. 61 e ss.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado do direito civil português: Direito das Obrigações*, Volume II, Tomo III, Coimbra, Edições Almedina, S.A., Maio de 2010, ISBN: 978-972-40-4220-6.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado do direito civil português: Direito das Obrigações*, Volume II, Tomo I, Coimbra, Edições Almedina, S.A., Outubro de 2009, ISBN: 978-972-40-3936-7.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado do direito civil português: Direito das Obrigações*, Volume I, Tomo I, 3.^a Edição (aumentada e inteiramente revista) Coimbra, Edições Almedina, S.A., Março de 2005, ISBN: 972-40-2445-8.
- CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Volume II, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Livraria Almedina, 1984.
- CORTE-REAL, Carlos Pamplona e PEREIRA, José Silva, *Direito da Família – Tópicos para um Reflexão Crítica*, Lisboa, Edição AAFDL, 14 de Setembro de 2008.
- COSTA, Eva Dias, *O casamento é um contrato? A propósito do Acórdão do STJ de 12.05.2016*, exposição oral proferida no âmbito da conferência organizada pela Universidade Portucalense e o Conselho Regional do Porto da Ordem dos Advogados intitulada “A indemnização do dano no direito da Família”, 27 de Janeiro de 2017, Porto.

- COSTA, Eva Dias, “A eliminação do divórcio litigioso por violação culposa dos deveres conjugais”, *E Foram Felizes para Sempre...? Uma análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008, Coordenação de Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, Outubro de 2010, ISBN: 978-972-32-1852-7, pp. 53 e ss.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 4ª Reimpressão da 12ª Edição Revista e atualizada, Coimbra, Edições Almedina, S.A, Maio de 2016, ISBN: 978-972-40-4033-2.
- COSTA, Mário Júlio Almeida, “O concurso de responsabilidade civil contratual e da extracontratual”, *Ab uno ad omnes: 75 anos da Coimbra editora*, Organização Antunes Varela ... [et al.], Coimbra, Coimbra Editora, Lda, Março de 1998, ISBN: 972-32-0807-5, pp. 555 e ss.
- CRUZ, Andreia, “Deveres Conjugais – Índole jurídica à luz do novo regime jurídica do divórcio (Lei n.º 61/2008)”, *Revista Jurídica* n.º 26, Ano XXXV, Lisboa, AAFDL, Abril/Maio/Junho de 2013, ISSN: 2182-9039, pp. 25 e ss.
- DELGADO, Abel, *O Divórcio*, 2ª Edição, Lisboa, Livraria Petrony, Lda, 1994, ISBN: 972-685-062-2.
- DIAS, Cristina Manuela Araújo, “Responsabilidade e indemnização por perda do direito ao débito conjugal – considerações em torno do art. 496º do Código Civil”, *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXI, n.º 329, Universidade do Minho, Maio/Agosto de 2012, ISSN: 0870-8185, pp. 391 e ss.
- DIAS, Cristina Manuela Araújo, “Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: o novo regime do artigo 1792º do Código Civil (na redação dada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro) e a manutenção da irresponsabilidade ao nível dos efeitos patrimoniais do casamento”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Volume I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, ISBN: 978-972-54-0312-9, pp. 389 e ss.

DIAS, Cristina Manuela Araújo, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio – Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro*, 2ª edição, Coimbra, Edições Almedina, S.A., Maio de 2009, ISBN: 978-972-40-3715-8.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Reimpressão da Edição de Fevereiro de 2004, Coimbra, Almedina Editora, S.A., Outubro de 2007, ISBN: 978-972-40-2122-5.

HÖRSTER, Henrich Ewald, “A Responsabilidade Civil entre os cônjuges”, *E Foram Felizes para Sempre...? Uma análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008, Coordenação de Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, Outubro de 2010, ISBN: 978-972-32-1852-7, pp. 91 e ss.

HÖRSTER, Heinrich Ewald, “A Respeito da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre si (ou: A Doutrina da “Fragilidade da Garantia” será Válida?)”, *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo XLIV, n.º 253/255, Braga, Universidade do Minho, Janeiro – Junho de 1995, ISSN: 0870-8185, pp. 113 e ss.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1995, ISBN: 972-40-0873-8.

JÚNIOR, Otavio Luiz Rodrigues, “A Doutrina do Terceiro Cúmplice nas Relações Matrimoniais”, in *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*, Coordenação de Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto, 1ª edição, 2ª tiragem, Editora Saraiva, 2011, pp. 31 e ss.

LEITÃO, Luís de Menezes, *Direito das Obrigações – Introdução da Constituição das Obrigações*, Volume I, 13ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, S. A., Janeiro de 2016, ISBN: 978-972-40-6403-1.

LEITÃO, Luís de Menezes, *Direito das Obrigações - Transmissão e Extinção das Obrigações e Não cumprimento e Garantias do Crédito*, Volume II, 10ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, S. A., Janeiro de 2016, ISBN: 978-972-40-6435-2.

- LIMA, António Pires e João Antunes VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Volume IV, 2ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, Lda, ISBN: 972-32-0615-3.
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações – Programa 2010/2011 – Apontamentos*, 3ª Edição, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2011.
- MENDES, João de Castro, *Direito da Família*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990/1991.
- MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Reimpressão da obra de 1985, Coimbra, Livraria Almedina, Abril de 2003, ISBN:972-40-1919-5.
- MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula Penal e Indemnização*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Livraria Almedina, 1990, ISBN: 972-40-0463-5.
- MONTEIRO, Jorge Sinde, “Responsabilidade Civil”, *Revista de Direito e Economia*, Ano IV, n.º 2, Coimbra, Livraria Almedina S. A., Julho/Dezembro de 1978, pp. 313 e ss.
- NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 18ª Edição Revista e Atualizada, Lisboa, EDIFORUM Edições Jurídicas, Lda, Janeiro de 2013, ISBN: 978-989-8438-06-5.
- OLIVEIRA, Guilherme de, “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 13, Coimbra, Coimbra Editora, Janeiro/Junho de 2010, ISSN: 1645-9660, pp. 5 e ss.
- OLIVEIRA, Guilherme de, “Linhas gerais da Reforma do Divórcio”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 6, n.º 12, Coimbra, Coimbra Editora, Julho/Dezembro de 2009, ISSN: 1645-9660, pp. 8 e ss.
- OLIVEIRA, Guilherme de, “O Sangue, os Afetos e a Imitação da Natureza”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 10, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, ISSN 1646-0359, pp. 5 e ss.
- OLIVEIRA, Guilherme de, *Impugnação da Paternidade*, Dissertação concluída em 1976 e apresentada no curso de Post-graduação em Ciências Jurídicas no ano de 1977/8,

Separata do volume XX do “Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, Coimbra, Livraria Petrony, 1979.

OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira, *Entre a Mística do Sangue e a Ascensão dos Afetos: O Conhecimento das Origens Biológicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1874-9.

PEDRO, Rute Teixeira, *Convenções matrimoniais: A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Agosto de 2015.

PEDRO, Rute Teixeira, “A Partilha do Património Comum do Casal em caso de Divórcio – Reflexões sobre a Nova Redacção do Art. 1790º do Código Civil”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume III, Almedina S.A., 2011, ISBN: 978-972-40-4320-3, pp. 429 e ss.

PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte, *O Direito de Família Contemporâneo*, 5ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2016, ISBN: 978-972-40-6763-6.

PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte, “Critério Biológico e Critério Social ou Afectio na Determinação da Filiação e da Titularidade da Guarda dos Menores”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 9, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, ISSN 1645-9660, pp. 5 e ss.

PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – Os deveres conjugais sexuais*, Edições Almedina, S.A., 2004, ISBN: 972-40-2154-8.

PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte, “A tutela da exclusividade sexual entre os cônjuges na casa de morada de família”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, Lda, 2004, ISBN: 972-32-1256-0, pp. 265 e ss.

RAMIÃO, Tomé d’ Almeida, *O Divórcio e questões conexas – Regime Jurídico Atual*, 3ª Edição Revista e Aumentada, Lisboa, Quid Iuris - Sociedade Editora, Lda, 2011, ISBN: 978-972-724-556-7.

SANTOS, Eduardo dos, *Direito da Família*, Coimbra, Livraria Almedina, S.A., Março de 1999, ISBN: 972-40-1180-1.

SCHREIBER, Anderson, “Responsabilidade Civil e Direito de Família: A proposta da reparação não pecuniária”, in *Responsabilidade civil no Direito de Família*, coordenação de Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa, São Paulo, Editora Atlas, S. A., 2015, ISBN: 978-85-97-000067-2, pp. 32 e ss.

SILVA, Aida Filipa Ferreira da, *Responsabilidade Civil entre Cônjuges no Divórcio – As alterações ao artigo 1792.º do Código Civil com a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2013, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/75752/2/12896.pdf>.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, “Reparação do dano não patrimonial”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 83, Fevereiro de 1959, pp. 69 e ss.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, “Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85, Abril de 1959, pp. 115 e ss.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, ISBN: 972-32-0677-3.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos Contratos em geral*, 4ª Edição Refundida e Atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, Lda, 2002, ISBN: 972-32-1103-3.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7ª Edição (Revista e Atualizada), Coimbra, Coimbra Editora Lda, Maio de 1997, ISBN: 972-32-0771-0.

TOMÉ, Maria João, “Reflexões sobre a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges”, *Textos de Direito da Família*, Coordenação de Guilherme de Oliveira, Fevereiro de 2016, ISBN: 978-989-26-1113-6, e-book disponível em http://www.centrodedireitodafamilia.org/files/ficheiros_apensos/Textos_de_Direito_da_Familia.pdf, pp. 573 e ss.

VARELA, João Antunes, *Das obrigações em geral*, Volume I, 10ª Edição, Revista e Atualizada, Coimbra, Livraria Almedina – Coimbra, Novembro de 2000, ISBN: 972-40-1389-8.

VARELA, João Antunes, *Direito da Família*, 1.º Volume, 5.ª Edição Revista, atualizada e completada, Lisboa, Livraria Petrony, Lda, 1999, ISBN: 972-685-083-5.

VIEIRA, Raquel Maria Ferreira, *O Crédito Compensatório à luz do Novo Regime do Divórcio – O Santo Graal tolhido pelas exigências dos seus conceitos indeterminados*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto em Ciências Jurídico-Privatísticas, Julho de 2015.

XAVIER, Rita Lobo, “Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Edições Almedina, S.A., Dezembro de 2012, ISBN: 978-972-40-4996-0, pp. 499 e ss.

XAVIER, Rita Lobo, *Recentes alterações do regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais – Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Edições Almedina, S.A., Abril de 2009, ISBN: 978-972-40-3856-8.

ARTIGOS DE PUBLICAÇÕES ONLINE

-----, *Gesetz zu "Kuckuckskindern" - Mütter müssen leiblichen Vater nennen*, Tagesschau.de, Agosto de 2016, disponível em <https://www.tagesschau.de/inland/kuckuckskinder-auskunftspflicht-101.html>. Último acesso no dia 09/08/2017

-----, *Heiko Maas – Minister will Mütter zur Auskunft über leiblichen Vater verpflichten*, Zeit Online, Agosto de 2016, disponível em <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2016-08/heiko-maas-kuckuckskinder-mutter-sexualpartner-auskunftspflicht>. Último acesso no dia 09/08/2017

-----, *Kuckuckskinder - Mütter sollen zur Auskunft über Sexualpartner verpflichtet werden*, Spiegel Online, Agosto de 2016, disponível em <http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/kuckuckskinder-muetter-sollen-zur->

auskunft-ueber-sexualpartner-verpflichtet-werden-a-1109927.html. Último acesso no dia 09/08/2017

Bundesverfassungsgericht, *A Right of the Apparent Father to Information Concerning Sexual Relations of the Mother Requires a Specific Statutory Basis*, disponível em <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2015/bvg15-016.html>. Último acesso no dia 09/08/2017

Canadian Children's Rights Council, *Child Identity Rights, Child Relationship and Paternity Testing*, disponível em http://canadiancrc.com/Non-Invasive_Paternity_DNA_Testing_DNA_Child_Identity_Rights_Canada_USA/Paternity_testing_DNA_Child_identity_rights_Canada.aspx. Último acesso no dia 09/08/2017

COSTA, João Paulo, *Processa mulher após 15 anos a pensar que era pai da filha*, Jornal de Notícias, 23 de Setembro de 2016, disponível em <http://www.jn.pt/justica/interior/processa-mulher-apos-15-anos-a-pensar-que-era-pai-da-filha-5404487.html>. Último acesso no dia 09/08/2017

GAY, Roger F., *A Woman's Right to be Criminal*, Canadian Children's Rights Council, 5 de Dezembro de 2002, disponível em http://canadiancrc.com/Newspaper_Articles/Fathering_Magazine_Woman_Has_Right_to_be_Criminal_05DEC02.aspx. Último acesso no dia 09/08/2017

NEEB, Christian, *Auskunftspflicht zu Kuckuckskindern - "Das Gesetz beschneidet die Rechte der Scheinväter"*, Spiegel Online, Agosto de 2016, disponível em <http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/kuckucksKinder-familienrechtsanwaeltin-zum-neuen-gesetz-a-1110332.html>. Último acesso no dia 09/08/2017

PACKHAM, Amy, *Mums May Be 'Forced' To Name Child's Biological Father In Paternity Cases With Proposed German Law - It will be easier to resolve who should pay child support*, Huffington Post, Agosto de 2016, disponível em http://www.huffingtonpost.co.uk/entry/german-law-women-name-biological-father_uk_57c55593e4b094071b4c93cc. Último acesso no dia 09/08/2017

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

Portugal:

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Maio de 2016, Relator Tomé Gomes, processo n.º 2325/12.3TVLSB.L1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c56c09e13e9d3e7e80257fb1004ef1d5?OpenDocument>. Último acesso em 11/08/2017.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Setembro de 2013, Relator Mário Mendes, processo n.º 5036/11.3TBVNG.P1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cc15114e075480a80257be9004b6d9d?OpenDocument>. Último acesso em 11/08/2017.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Fevereiro de 2012, Relator Hélder Roque, processo n.º 819/09.7TMPRT.P1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/39c774e2ef22d7b4802579a600588a16?OpenDocument>. Último acesso em 11/08/2017.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Janeiro de 2012, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/32b619fcf61df70b802579920042768c?OpenDocument>. Último acesso em 11/08/2017.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 2010, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/34e4a069a61914258025776000579935?OpenDocument>. Último acesso em 11/08/2017.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Junho de 2010, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1ec4d5bcf4e6b0a08025774c003e7325?OpenDocument>. Último acesso em 11/08/2017.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Janeiro de 2010, Relator Serra Baptista, processo n.º 179/09.6YREVR.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/862512406f23e3af802576af003e0deb?OpenDocument>. Último acesso em 11/08/2017.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Setembro de 2009, Relator Sebastião Póvoas, processo n.º 464/09.7YFLSB, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3e73b8feb4550fb48025762b004ab8a4?OpenDocument>. Último acesso em 11/08/2017.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Junho de 2004, Relator Araújo Barros, processo n.º 04B1819, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6bca4136a888ace480256eca0048e9b1?OpenDocument>. Último acesso em 11/08/2017.

Assento n.º 5 de 26 de Janeiro de 1994, disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/1994/03/070A00/14671473.pdf>. Último acesso em 11/08/2017.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Fevereiro de 1989, Relator Tato Marinho, processo n.º 078085, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/931213bc44f23d32802568fc0039e554?OpenDocument>. Último acesso em 11/08/2017.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Março de 1985, disponível em *Boletim do Ministério Público*, n.º 345 (Abril de 1985).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Fevereiro de 1985, disponível em *Boletim do Ministério Público*, n.º 344 (Março de 1985).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Junho de 1984, disponível em *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 338 (Julho de 1984).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 1983, disponível em *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 324 (Março de 1983).

Acórdãos dos Tribunais da Relação

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Junho de 2014, Relator Maria da Conceição Saavedra, processo n.º 1273/08.6TMLSB.L1-7, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4ee0281cc94965bb8>

0257d55002b0a15?OpenDocument&Highlight=0,dever,de,fidelidade,dissolu%C3%A7%C3%A3o,casamento. Último acesso em 11/08/2017.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9 de Abril de 2013, Relator Manuel Marques, processo n.º 22317/09.9T2SNT.L1-1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/7592ed868841103780257b720074fc0f?OpenDocument&Highlight=0,dever,de,fidelidade,dissolu%C3%A7%C3%A3o,casamento>. Último acesso em 11/08/2017.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de Março de 2008, Relator Anabela Dias da Silva, processo n.º 0725976, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/0f952b480c1e92ff8025741d002d75cb?OpenDocument&Highlight=0,dever,de,fidelidade,dissolu%C3%A7%C3%A3o,casamento>. Último acesso em 11/08/2017.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 9 de Maio de 1989, disponível em Coletânea de Jurisprudência, Ano XIV, Tomo III, 1989, Coimbra, ISSN: 0870-7979, pp. 67 e ss.

Espanha:

Acórdão do Tribunal Supremo de Madrid, Recurso n.º 12/1995, recurso de casación, disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database&match=TS&reference=2943372&links=%2212%2F1995%22&optimize=20031203&publicinterface=true>. Último acesso em 11/08/2017.

Legislação alemã

Gesetzentwurf der Bundesregierung, Gesetzes zur Reform des Scheinvaterregresses, zur Rückbenennung und zur Änderung des Internationalen Familienrechtsverfahrensgesetzes, disponível em <http://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Scheinvaterregress.htm>. Último acesso em 11/08/2017.